Unterlassungen als Inhalt von Reallasten.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
hohen Juristischen Fakultät
der Universität zu
Breslau

vorgelegt von

Konrad Konstantin Zerbe,
Referendar am Landgericht Breslau.

BRESLAU.
Druck der Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung.
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0046

§ 1. Einleitung.

Während die Unterlassung auf dem Gebiete des Strafrechts anläßlich der Frage nach ihrer Kausalität bereits seit langem den Gegenstand eingehender Erörterung bildet[1]), ist die Unterlassung als Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ein Stiefkind der Literatur des gemeinen Privatrechts geblieben. Erst durch das BGB., besonders infolge der von diesem vorgenommenen Subsumtion der Unterlassung und des Tuns unter den gemeinsamen Oberbegriff der Leistung, wurde der Anstoß zu einer eingehenderen Behandlung der Unterlassungspflicht gegeben. In seiner Kritik zu dem Entwurfe I des BGB. hat Fischer[2]) den Anspruchs- und Leistungsbegriff des ersteren einer eingehenden Erörterung unterzogen und gegen den Standpunkt des Entwurfs Widerspruch erhoben, unter gleichzeitigem Hinweis darauf, daß im Entwurfe an der angeblich grundsätzlichen Gleichstellung der negativen mit den positiven Verpflichtungen nicht konsequent festgehalten und der ganze Abschnitt über Schuldverhältnisse im allgemeinen, sowie die Verjährungslehre nur „auf obligationes ad dandum et faciendum"[3]) zugeschnitten sei. In der Folgezeit ist die Unterlassungspflicht nach ihrer materiellrechtlichen Seite von Lehmann[4]), und unter größerer Betonung der prozessualen Fragen von Eltzbacher, sowie jüngst von Stephan[5]) eingehender Untersuchung unterzogen worden. Ferner ist die von Fischer angeregte Frage, inwieweit die Vorschriften des BGB. über Leistungen überhaupt auch auf negative Leistungen anwendbar sind, Gegenstand mehrerer Einzelabhandlungen

---

[1]) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1905, Seite 132—135.

[2]) Fischer: Recht und Rechtsschutz 1889, S. 72ff.

[3]) a. a. O., S. 82, 83.

[4]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerl. Recht, 1906.

[5]) Eltzbacher, Die Unterlassungsklage 1906. Stephan, Der negative Leistungsanspruch und die Geschichte seines Rechtschutzes, Bresl. Diss. 1908 jetzt erweitert: Die Unterlassungsklage München, 1908.

geworden[1]) und besonders mit der Unmöglichkeit und dem Verzuge bei Unterlassungsleistungen, die Fischer für undenkbar erklärt, haben sich mehrere Monographien eingehend beschäftigt[2]). So soll eine dieser Einzelfragen auch den Gegenstand der folgenden Abhandlung bilden, nämlich die Frage, inwieweit Reallasten auch ein Unterlassen zum Inhalt haben können.

§ 2. Stand dieser Frage in der Literatur.

Die wesentlichen Besonderheiten, welche den Unterlassungs- im Gegensatz zu den positiven Verpflichtungen eigen sind, haben zur Folge, daß zahlreiche Normen über die positiven Verpflichtungen sich selbst in modifizierter Gestalt auf die Unterlassungspflichten nicht anwenden lassen, eine Tatsache, die schon äußerlich dadurch in Erscheinung tritt, daß das BGB. in mehreren Punkten positive und negative Leistungen in verschiedener Weise geregelt hat (vgl. nur § 198 [Verjährung], §§ 345, 358 [Beweislast]). Liegt nun nicht auch bei unserer Frage einer der Fälle vor, in denen, wie Dernburg[3]) sich ausdrückt, die Erstreckung der entsprechenden Vorschrift auf negative Leistungen „der Natur der Sache nach" ausgeschlossen ist? In der Tat dürfte es auf den ersten Blick geradezu als paradox und als contradictio in adiecto erscheinen, von Reallasten zu sprechen, die ein Unterlassen zum Inhalt haben. Ist es doch gerade einer der am meisten charakteristischen Züge des deutschen Rechts, daß es in den Reallasten Grundstücksbelastungen geschaffen hat, deren Inhalt in weitem Umfange ein positives Tätigwerden des Grundstücksbesitzers bildet. Diese Verpflichtung zu positiven Leistungen ist stets als das Typische der Reallasten erschienen, nur sie zog die Aufmerksamkeit der Theorie auf sich, nur um sie bewegte und bewegt sich noch der Kampf der Meinungen darüber, wie die Reallast in das überkommene Rechtssystem einzureihen sei. Kein Wunder also, wenn aus diesem Gefühle heraus eine Reihe Autoren Reallasten

[1]) cf. die bei Lehmann S. X, XI angeführte Literatur.

[2]) Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Freiburger Diss. 1903. Papenkemper: Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten, Bresl. Diss. 1905, Treitel: Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rost. Diss. 1902.

[3]) Dernburg, Das Bürg. Recht, 3. Aufl., II[1], S. 19.

negativen Inhalts die Daseinsberechtigung rundweg absprechen, ohne eine Begründung dieser Stellungnahme überhaupt für erforderlich zu erachten[1]). Ein weiteres Moment für diesen Standpunkt ist, daß unser heutiges Recht in den Dienstbarkeiten bereits Grundstücksbelastungen kennt, die ein Unterlassen zum Inhalt haben. Gegen die Zulassung von Reallasten negativen Inhalts spricht demnach das theoretische Bedenken, durch Verzicht auf das Erfordernis positiver Leistungen ein höchst einfaches und sicheres Unterscheidungsmerkmal der Reallasten den Grunddienstbarkeiten gegenüber einzubüßen, und die praktische Befürchtung, es könnten durch Zulassung solcher Reallasten die aus wirtschaftspolitischen Rücksichten den Dienstbarkeiten gezogenen Grenzen illusorisch gemacht werden. Wenngleich die durchaus überwiegende Meinung auf Grund verschiedenartiger, unten näher zu erörtender Erwägungen den ablehnenden Standpunkt teilt, so ist die Frage doch nicht unbestritten, indem Leonhard, Meißner und Planck[2]) für die Zulässigkeit negativer Reallasten eintreten.

A. Die Unterlassung.

§ 3. Selbständige und unselbständige Unterlassungspflichten.

Um zunächst die Frage, ob Reallasten Unterlassungen zum Inhalt haben können, schärfer zu formulieren, wäre vorweg zu bemerken, daß eine große Anzahl von solchen ganz zweifellos zum Inhalte einer Reallast gehören kann und nur hinsichtlich einer besonderen Art von Unterlassungen die Frage eine offene ist.

Es scheidet für unsere Frage vor allem die große Gruppe derjenigen Unterlassungen aus, die nicht für sich den Gegenstand eines Rechtes bilden, vielmehr nur die negative Kehrseite einer positiven Verpflichtung sind. Es sind dies die sog. „unselbständigen" Unterlassungen[3]), die ihr Dasein aus dem Zwecke schöpfen, einen Zustand zu erhalten, der zur Möglichkeit

[1]) So Dernburg, Bürg. Recht III § 199. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 716 n 65, Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht 1900. 436. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3 Aufl., II 2, S. 43 n 3.

[2]) Leonhard bei Eck, Vorträge 1903, Bd. II, § 28, Anm. 2. Meißner Sachenrecht 1901, S. 205. Planck, Sachenrecht 1906, § 1105, Anm. 2b.

[3]) Lehmann a. a. O, S. 3.

einer positiven Leistung erforderlich ist. Sie erklären sich daraus, daß jede Gebotsnorm nach dem Satz vom Widerspruche zugleich einen Verbotsinhalt hat, daß in dem Gebot des Sohandelns zugleich das Verbot des dem Gebot widersprechenden Andershandelns enthalten ist. Die praktische Besonderheit dieser Unterlassungspflichten besteht vor allem darin, daß, während die selbständigen Unterlassungsansprüche im Wege einer selbständigen Klage durchgesetzt werden können, die unselbständigen nur insoweit, als die positive Verpflichtung geltend gemacht werden kann, und nur auf dem Umwege über den positiven Anspruch, also in Verbindung mit diesem, geltend gemacht werden können. Solche unselbständige Pflicht ist z. B. die neben der positiven Hauptpflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben und zu übereignen, stehende negative Pflicht, alles zu unterlassen, was die Leistung vereiteln könnte: Die Zerstörung der Sache, Veräußerung an einen andern, Lieferung mangelhafter Ware, fehlerhafte Verpackung[1]), ferner die Pflicht des Verkäufers, eine Abweichung von den Anweisungen des Käufers über die Art der Versendung der Ware zu unterlassen (§ 443 Abs. 2), die entsprechende Unterlassungspflicht des Unternehmers eines Werkes, (§ 644 Abs. 2), die Pflicht des Beauftragten, von den Weisungen des Auftraggebers nicht abzuweichen, (§ 665), die des Verwahrers, die vereinbarte Art der Aufbewahrung nicht zu ändern (§ 692), die Pflicht des Maklers, dem Inhalte des Vertrages zuwider nicht auch für den andern Teil tätig zu werden (§ 654) u. dergl. Lehmann[2]) rechnet zu solchen unselbständigen, nicht durch eine selbständige Klage durchsetzbaren Unterlassungsansprüchen auch den Anspruch des Verleihers darauf, daß der Entleiher von der Sache keinen andern als den vertragsmäßigen Gebrauch macht. Er meint, daß in § 603 nicht ein selbständiger Unterlassungsanspruch statuiert werde, daß dieser vielmehr nur die negative Kehrseite der in § 604 ausgesprochenen positiven Rückgabepflicht sei. Durch die Klage auf Rückgabe der geliehenen Sache, die Verurteilung dazu und die Vollstreckung des Urteils werde der Rückgabeanspruch realisiert und damit zugleich eine weitere Verletzung der negativen Pflichten des § 603 verhindert. Die Verpflichtung zur Rückgabe besteht aber erst nach Ablauf der

[1]) Lehmann a. a. O., S. 15.
[2]) a. a. O., S. 91,

für die Leihe bestimmten Zeit. Auch vorher muß dem Verleiher analog den Bestimmungen bei der Miete (§ 550) eine Klage auf Unterlassung zugesprochen werden, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist[1]). Der Verleiher kann ein Interesse daran haben, das Leiheverhältnis nicht zu kündigen, alsdann wäre der Weg einer Realisierung seiner Unterlassungsansprüche über den Rückgabeanspruch hinaus für ihn wertlos.

Aber auch von solchen selbständigen Unterlassungspflichten scheiden für unsere Betrachtung diejenigen aus, die zwar Gegenstand eines selbständigen Anspruchs, aber als Nebenpflichten mit einer positiven Hauptpflicht kombiniert sind. Eine solche selbständige Unterlassungspflicht ergibt sich z. B. aus der gesetzlichen Regelung der Miete, wo im Gegensatz zur Leihe die Klage auf Unterlassung in dem Falle ausdrückliche Anerkennung gefunden hat, daß der Mieter von der Mietsache einen vertragswidrigen Gebrauch macht und diesen trotz Abmahnung fortsetzt (§ 550). Eine solche selbständige, aber hinter der Hauptpflicht zurücktretende Unterlassungspflicht ist nach dem BGB. die durch § 1107 in Verbindung mit § 1134 zum Gegenstand einer Unterlassungsklage erhobene Verpflichtung des reallastpflichtigen Eigentümers, sich solcher Einwirkungen auf das Grundstück zu enthalten[2]), von denen eine die Sicherheit der Reallast gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist. Unter die selbständigen Unterlassungspflichten werden der Regel nach die Duldungspflichten[3]) zu zählen sein, die ihrer selbständigen Bedeutung wegen regelmäßig mit einer selbständigen Klage durchzusetzen sein werden[4]).

Die uns hier beschäftigende Frage ist vielmehr einzig und allein, ob Unterlassungspflichten den primären, hauptsächlichen Inhalt einer Reallast bilden können.

Die von uns vorgenommene Gruppierung und Abgrenzung der Unterlassungspflichten, die in dieser Schärfe erst von Lehmann[5]) durchgeführt worden ist, findet ihr Analogon unter

---

[1]) So auch Fischer-Henle, BGB. 1904, § 603[1].

[2]) z. B. Abholzung eines Waldes, Wegschaffung des Inventars (Eltzbacher, Unterl. S. 163).

[3]) Vgl. unten § 4.

[4]) Lehmann, S. 91.

[5]) Lehmann S. 14.

den positiven Verbindlichkeiten. Auch diese lassen sich nach den oben leitend gewesenen Gesichtspunkten in entsprechende Kategorien einteilen. Den an erster Stelle genannten Unterlassungspflichten entsprechen ganz genau diejenigen positiven Verbindlichkeiten, die als unselbständige eine negative Verbindlichkeit ergänzen (z. B. die Verpflichtung des Eigentümers eines mit einer Wegeservitut belasteten Grundstücks zur Beseitigung eines die Ausübung der Servitut hindernden Zaunes[1]) oder zur Öffnung des das dienende Grundstück abschließenden Tores[2]). Diese kann nicht als solche, sondern immer nur als Mittel, das mir die Ausübung meines Wegerechts ermöglicht, verlangt werden). Den an zweiter Stelle genannten Unterlassungspflichten entsprechen diejenigen selbständigen positiven Verbindlichkeiten, die als Nebenpflichten neben einer negativen Hauptpflicht stehen. Ein klassisches Beispiel ist die positive Unterhaltungspflicht des Eigentümers bei der servitus oneris ferendi.

In den genannten Beispielen tritt die selbständige oder unselbständige Verpflichtung neben eine Duldungspflicht, mit der sie in einem „genetischen Zusammenhange" steht[3]). Wenn wir hierbei die Duldungspflicht der Unterlassungspflicht gleichgestellt haben, so bedarf dieser Standpunkt noch der Rechtfertigung.

§ 4. Die Duldung[4]).

Auch die Verpflichtung zum Dulden ist eine Unterlassungspflicht. Allerdings wird im StGB. §§ 240 (Nötigung), 253 (Erpressung) und 339 (Mißbrauch der Amtsgewalt), zwischen der Nötigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung, in der CPO. § 890 zwischen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Duldungen und von Unterlassungen unterschieden, jedoch besteht zwischen Duldung und Unterlassung kein solcher Gegensatz wie zwischen positiver Handlung und Unterlassung. Das Dulden im Tatbestand der strafrechtlichen Nötigung unterscheidet sich von dem Unterlassen dadurch, daß dieses auf einem Wollen, das Dulden auf einem Müssen be-

[1]) Lehmann S. 14.
[2]) Lehmann S. 92.
[3]) Lehmann S. 28.
[4]) cf. Eltzbacher; Die Unterlassungsklage S. 133—135.

ruht, daß das Unterlassen, nicht aber das Dulden, einen wenngleich erzwungenen Entschluß voraussetzt[1]).

Du Chesne[2]) hat versucht, diese Dreiteilung auch für das Zivilrecht aufrecht zu erhalten. Davon ausgehend, daß jede Pflicht nur das Korrelat eines Rechts ist, unterscheidet er außer dem Anspruch auf ein Tun:

1. a) Das Recht „seinen Selbsterhaltungstrieb ungehindert zu betätigen", also innerhalb der eigenen Rechtssphäre tätig zu werden und
   b) die entsprechende Unterlassungspflicht des andern.
2. a) Das Recht, durch eine Handlung in die Rechtssphäre eines bestimmten andern einzugreifen und
   b) die entsprechende Duldungspflicht des andern.

Die bei dieser Unterscheidung vorgenommene Sonderung der Rechtssphären des Berechtigten und Verpflichteten ist aber nicht haltbar. Die Ausübung jedes Anspruches, also auch des Anspruches „durch eine Handlung in die Rechtssphäre eines bestimmten andern einzugreifen" ist zugleich Handeln innerhalb der eigenen Rechtssphäre[3]). Die Pflicht zur Duldung ist demnach von der Pflicht zur Unterlassung begrifflich nicht verschieden und bildet nur eine spezielle Art der letzteren[4]). Sie ist nichts weiter als die Pflicht, die Hinderung eines fremden Tuns zu unterlassen. Bereits das römische Recht stellt die Duldungs- mit der Unterlassungspflicht zusammen, wenn es die den Inhalt einer Servitut bildende Verpflichtung als die Verpflichtung bezeichnet, ut aliquid patiatur aut non faciat[5]). Auch das BGB. kennt in § 194 lediglich den Anspruch auf ein Tun oder Unterlassen, ebenso wie es in § 241 nur von der Unterlassung als einer besonderen Art der Leistung spricht. Eine Konsequenz dieser inneren Gleichartigkeit von Duldung und Unterlassung ist, daß die CPO. im dritten Abschnitte des achten Buchs nur von der „Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen" spricht und in § 890 für die Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen dieselben Zwangsmittel vorsieht. Als Ergebnis mag festgestellt werden, daß mit prinzi-

---

[1]) v. Liszt S. 356.
[2]) Sächs. Archiv. XI, 529 ff.
[3]) Lehmann S. 26.
[4]) cf. Wendt S. 17—27.
[5]) l. 15 § 1 D, de servitutibus 8, 1.

pieller Verneinung von Reallasten, die ein Unterlassen zum Inhalt haben, zugleich auch Duldungsreallasten abgelehnt werden müssen, eine Konsequenz, die nicht immer gezogen worden ist. So spricht sich Turnau-Förster[1]) gegen Unterlassungen als Inhalt von Reallasten aus, hält aber die Bestellung des Mitbenutzungsrechts an einer Wohnung (Einsitz, Beisitz, Herberge), das als Wohnungsrecht, mangels Ausschlusses des Eigentümers (§ 1093), nicht bestellt werden kann, in der Form einer Reallast für möglich.

B. Reallast und Dienstbarkeit.

§ 5.

Da unser Recht in den Dienstbarkeiten bereits eine dingliche Rechtsform kennt, deren Inhalt negative Verpflichtungen und entsprechende Berechtigungen bilden, so ergibt sich für uns die Aufgabe, Dienstbarkeit und negative Reallast gegenseitig abzugrenzen. Diese Feststellung wird insbesondere deshalb unumgänglich sein, weil diejenigen Unterlassungen, die zum Inhalte einer Dienstbarkeit unfähig sind, allein in der Rechtsform der Reallast Verdinglichung erlangen können und daher für die negative Reallast praktisch besonders in Betracht kommen. Der einzig mögliche Weg bei dieser Feststellung wird sein, von dem Inhalt der Servituten, als bekannten Unterlassungspflichten, auszugehen und den als Inhalt von negativen Reallasten in erster Linie in Betracht kommenden Kreis von Unterlassungen als Restbegriff zu konstruieren.

Die im Eigentum enthaltenen Befugnisse bilden einerseits das mit der rei vindicatio geschützte Recht, positive Handlungen in Beziehung auf die Sache vorzunehmen, andererseits das durch die actio negatoria gesicherte Recht der Abwehr fremder Eingriffe. Die Beschränkung des ersten, positiven Bestandteils bringt eine negative, die des zweiten negativen eine affirmative Servitut hervor[2]). Denn jeder im Eigentum enthaltene Bestandteil vermag den Inhalt eines begrenzten dinglichen Rechts zu bilden.

Eine affirmative Grunddienstbarkeit (§ 1018) oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) kann nun zweierlei

[1]) Das Liegenschaftsrecht 1906, S. 632.
[2]) Duncker, Reallasten 1837, S. 23.

Inhalt haben. Der Hauptfall ist, daß der Berechtigte das Grundstück in „einzelnen Beziehungen“ benutzen darf. Die Duldung von Handlungen, die sich nicht als eine Benutzung des Grundstücks darstellen, darf nicht Inhalt einer Dienstbarkeit werden. Demnach kann das Recht zur Benutzung von beweglichen Gegenständen, z. B. landwirtschaftlichen Maschinen, Geräten, lebendem Inventar oder einer seitens des belasteten Hofes unterhaltenen Kahnfähre u. dergl. als Dienstbarkeit nicht bestellt werden. Affirmative Servituten finden sich aber auch unter den in § 1018 an dritter Stelle angeführten, welche „die Ausübung eines Rechtes . . . . das sich, aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem andern Grundstücke gegenüber ergibt“, also die Ausübung der sog. Legalservituten, ausschließen. Eine affirmative Servitut dieser Art ist z. B. die Duldung von Immissionen, die das nach § 906 zulässige Maß überschreiten, die Duldung einer der in § 907 bezeichneten Anlagen oder einer Vertiefung des Nachbargrundstücks entgegen § 909.

Gleicherweise gibt es zwei Arten der negativen Servitut. Der Hauptfall ist, daß auf dem belasteten Grundstücke „gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen“, also die in § 1018 an zweiter Stelle genannte Klasse von Servituten. Eine negative Servitut der Art, daß die Ausübung einer Legalservitut ausgeschlossen wird, ist z. B. der Ausschluß von Immissionen, die gemäß § 906 geduldet werden müßten, der Ausschluß der Ausübung des Notwegrechts aus § 917.

Der Begriff der Servituten, die den Ausschluß von Legalservituten zum Gegenstand haben, ist ein völlig zweifelloser und bedarf keiner näheren Erörterung, ebensowenig der Begriff der Dienstbarkeiten des Inhalts, daß der Berechtigte das Grundstück „in einzelnen Beziehungen benutzen darf“. Dagegen wird der Begriff der Dienstbarkeiten des Inhalts, daß auf dem belasteten Grundstück „gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen“, noch eine nähere Untersuchung erfordern[1]).

Vor allem darf das in einer Grunddienstbarkeit enthaltene Verbot nicht jede beliebige Handlung, sondern nur solche betreffen, die auf dem belasteten Grundstück vorgenommen werden. Demnach kann z. B. ein Veräußerungsverbot nicht als Dienstbarkeit eingetragen werden, da die Veräußerung keine

---

[1]) Ueber das Folgende insbes. Lehmann S. 157—164.

Handlung ist, die auf dem Grundstücke vorgenommen wird. Diese Beschränkung ergibt sich ohne weiteres daraus, daß § 1018 durch das Verbot von Handlungen eine Belastung des Grundstücks, ein Recht an der Sache, begründet wissen will[1]). Aber auch von den übrig bleibenden Handlungen fallen unter die „gewissen Handlungen" des § 1018 nur solche, die eine Benutzung des Grundstücks darstellen[2]), Ausfluß des dem Eigentümer des belasteten Grundstücks an diesem Grundstück zustehenden Rechtes sind, m. a. W. alle diejenigen Handlungen, zu deren Vornahme der Eigentümer als solcher, nicht in seiner sonstigen Eigenschaft eines freien Menschen, befugt ist[3]). Dieser restriktiven Auslegung des § 1018 liegt die Tendenz zugrunde, einer Ausartung des im Rahmen der Grund- und beschränkten persönlichen Dienstbarkeit anerkannten Stückes Vertragsfreiheit entgegenzutreten. Daß die im Wege dieser Interpretation gezogenen Grenzen bisweilen fließende sind, lehren die verschiedenen Entscheidungen, zu denen Rechtsprechung und Wissenschaft in gleichen Fällen gelangt ist. Vor allem ist der Fall praktisch geworden, daß dem Berechtigten die Befugnis zustehen sollte, die Vornahme bestimmter Gewerbebetriebe auf dem belasteten Grundstücke zu untersagen. Sogar für solche Abmachungen verneinte die ältere gemeinrechtliche Praxis die Frage, ob dieselben zum Inhalt einer Dienstbarkeit geeignet wären, mit der Motivierung, daß die Befugnis, ein Gewerbe zu betreiben, das Recht „zur Eingehung obligationenrechtlicher Verhältnisse mit dritten Personen enthalte", „demnach kein Ausfluß des Eigentums, sondern der persönlichen und bürgerlichen Stellung des Eigentümers" sei[4]), daß „die Befugnis, Handel zu treiben, ihre Quelle nicht im Eigentum, sondern in der natürlichen Freiheit des einzelnen" finde, „durch die Beschränkung jenes Rechts daher nicht sowohl das erstere, als die letztere betroffen würde"[5]). Den gleichen Standpunkt vertritt auch Stobbe[6]), der solche Verpflichtungen der Reallast zu parallelisierende nennt. Dagegen ist die Behauptung von

[1]) Lehmann S. 158.
[2]) Fischer-Henle § 1018, Anm. 4a.
[3]) Vgl. Motive III 475.
[4]) Seufferts Archiv 19 n 18.
[5]) Seufferts Archiv 20 n 106.
[6]) Stobbe S. 7.

Turnau-Förster[1]) nicht richtig, daß Kohler auf demselben Standpunkte wie die ältere gemeinrechtliche Praxis stehe. Kohler[2]) gelangt zwar gleichfalls zur Ablehnung von Dienstbarkeiten des in Rede stehenden Inhalts, aber von einem andern, unten noch zu erörternden Standpunkte aus.

Der genannte Einwand gegen die Zulässigkeit von Gewerbeverboten als Inhalt von Dienstbarkeiten ist unzutreffend. Ein Verbot der in Frage stehenden Art richtet sich nicht gegen den Betrieb des betr. Gewerbes durch den Verpflichteten überhaupt, sondern dagegen, daß auf einem bestimmten Grundstück jenes Gewerbe ausgeübt werde. Die Befugnis, auf dem Grundstück ein solches Gewerbe zu betreiben, steht aber ohne weiteres nur dem Eigentümer zu, ist also Ausfluß des Eigentums an dem Grundstücke[3]). Daher hat auch die neuere Rechtsprechung nicht Anstand genommen, derartige Abmachungen als zulässigen Inhalt von Dienstbarkeiten anzusprechen[4]). Weit bestrittener und zweifelhafter ist die Frage, ob eine Belastung des Grundstücks in der Weise, daß der Eigentümer auf dem Grundstücke nur das Bier einer bestimmten Brauerei ausschenken dürfe, als Inhalt einer Grunddienstbarkeit zulässig sei. Auch hier werden, wie das KG. a. a. O. ausführt, Fälle zu konstatieren sein, in denen eine solche Abmachung eine Rückwirkung auf die Benutzung des Grundstücks ausüben wird und demnach als Dienstbarkeit bestellt werden kann, sobald nämlich die Art des Getränkes einen Einfluß auf die Zusammensetzung der die Wirtschaft besuchenden Kundschaft ausübt. Die interessante Ausführung des KG. lautet: „Der Betrieb eines Gewerbes auf einem Grundstück kann vielfach eine bestimmte Art der Benutzung dieses Grundstücks zur Folge haben, insbesondere gewisse Einrichtungen und Anlagen auf dem Grundstück erfordern, einen öffentlichen Verkehr auf dem Grundstück eröffnen und andere Wirkungen auf das Grundstück ausüben. — Es werden deshalb .. in der Regel Dienstbarkeiten des Inhalts bestellt werden können, daß bestimmte Gewerbe auf einem Grundstücke nicht betrieben werden dürfen. Der Inhalt einer

---

[1]) Turnau-Förster S. 358.

[2]) Kohler, Archiv f. d. civ. Pr. 87, S. 174.

[3]) Vgl. auch Seuff. 19 n 18, Anm.

[4]) KG. Bd. 24, S. 242 ebenso Seuff. 45, 269 (München) und Rspr. d. OLG. 6, S. 119 (Kolmar).

Dienstbarkeit wird unter Umständen auch darin bestehen können, daß nur Wein oder Bier (nicht Branntwein), oder daß nur Biere zu einem bestimmten Mindestpreise (nicht billigere Biere) verschenkt werden dürfen, weil eine verschiedene Art des Verkehrs und demgemäß der Benutzung des Grundstücks selbst herbeigeführt werden kann, je nachdem die eine oder andere Art zum Ausschank gelangt."

Die in diesen Erkenntnissen getroffene Unterscheidung zwischen Handlungen, die Ausfluß des Eigentums an dem betr. Grundstück oder aber der persönlichen Freiheit des Eigentümers sind, wird von Lehmann[1]) verworfen, da die Grenze zwischen beiden Kategorien nicht scharf durchführbar sei. Er führt aus, daß sobald überhaupt einmal anerkannt werde, daß durch Verschenkung verschiedener Getränke die Art des Verkehrs auf einem Grundstück geändert werden könne, sich dies auch von der Verschenkung von Bieren verschiedener Art und Güte nicht leugnen ließe. Er empfiehlt daher statt des Begriffs von „Handlungen, die Ausfluß des Eigentumsrechts sind", den Begriff von Benutzungshandlungen, Handlungen, die eine Benutzung des betr. Grundstücks darstellen. Als Benutzungshandlungen bezeichnet er Handlungen auf dem Grundstücke, die in ihren nächsten unmittelbaren Wirkungen eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks bedingen, oder aber auch Handlungen, die eine nennenswerte, nicht bloß eine geringfügige Verschiedenheit der Benutzung herbeiführen. Nun geht aber auch das KG. (und in gleicher Weise die übrigen Entscheidungen) zur Feststellung des Begriffs von „Handlungen, die Ausfluß des Eigentumsrechts sind" von der Untersuchung aus, inwieweit die betr. Handlungen sich als Benutzungshandlungen kennzeichnen und schränkt, wie die praktischen Ergebnisse seiner Entscheidung lehren, gleichfalls diese Art auf solche Handlungen ein, die in ihrer nächsten unmittelbaren Wirkung eine nennenswerte, nicht bloß geringfügige Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks bedingen. Lehmann bringt demnach statt eines neuen Begriffes nur eine schärfere Formulierung.

Verfehlt ist aber m. E. der Versuch Lehmanns, auf Grund dieser Formulierung lediglich das Verbot des Betriebes eines

[1]) Lehmann S. 160 ff.

bestimmten Gewerbes, insbesondere einer Gastwirtschaft, für eintragungsfähig zu erklären, dagegen nicht, wie es der Standpunkt des KG. ist, die Verpflichtung, nur Bier oder Wein, aber nicht Branntwein, oder nur Bier zu einem Mindestpreis zu verschenken. Das Verbot, eine Gastwirtschaft auf einem bestimmten Grundstück zu betreiben, hat wohl kaum stets und auch nicht einmal in der Mehrzahl der Fälle eine nähere, unmittelbarere Rückwirkung auf das Grundstück zur Folge, als ein Verbot, durch das eine Destille in ein Weinlokal verwandelt, bezw. die Umwandlung eines solchen in erstere verhindert wird.

Auch die weiteren Gesichtspunkte, von denen aus Lehmann zur Einengung des Kreises der als Inhalt von Dienstbarkeiten zulässigen Unterlassungen gelangen will, sind m. E. nicht durchschlagende. Wir haben umsomehr Anlaß uns mit diesen Einwänden zu beschäftigen, als sie sich gegen die Verdinglichung von Unterlassungspflichten überhaupt richten, demnach Reallasten in gleicher Weise wie Dienstbarkeiten treffen. Lehmann führt aus, daß derartige dingliche Bezugspflichten eine Abhängigkeit des Verpflichteten herbeiführen, die zu einer Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen könne und mit den guten Sitten und der Gewerbefreiheit nicht in Einklang zu bringen sei. Eine solche Pflicht begründe der Sache nach für den Eigentümer den Zwang, das Grundstück nur unter der Bedingung zu veräußern, daß der Nachfolger sich zu einem Vertragschluß mit der Brauerei bequeme, und laufe in der Wirkung auf eine absolute Beschränkung der Veräußerungsbefugnis hinaus, die als eine ausdrücklich im Bierlieferungsvertrag begründete, nach § 137 nur obligatorische Wirkung hätte. Der Zweck des § 137 würde also durch eine solche Verdinglichung der Bezugspflicht vereitelt. Das letztere läßt sich doch Wort für Wort von jeder dinglichen Belastung mit weitgehendem Inhalt sagen. Oder läuft z. B. die Last, auf einem Grundstück keine Fabrik zu errichten, unter Umständen nicht auf eine noch viel intensivere wirtschaftliche Bindung und Beschränkung der Veräußerungsbefugnis hinaus! Auch kann nicht generell gesagt werden, daß derartige Lasten mit den guten Sitten unvereinbar sind. Eine derartige Eigenschaft läßt sich nur für den Einzelfall feststellen[1]) obwohl zugegeben

[1]) Vgl. über die Frage der Gültigkeit mehrjähriger Verträge RG. 11. 5. 1906, JW. 1906, S. 419.

werden mag, daß gerade Abmachungen, die die Begründung von Unterlassungspflichten zum Gegenstand haben, besonders oft gegen § 138 BGB. verstoßen werden.

Jedenfalls hat Lehmann mit seiner Formulierung den Weg zur richtigen Abgrenzung der Handlungen, die sich als Benutzungshandlungen darstellen, gewiesen. Es kommen als Benutzungshandlungen nur diejenigen in Betracht, die in ihrer nächsten unmittelbaren Wirkung eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben, und weiterhin muß diese Verschiedenheit eine erhebliche, nicht bloß geringfügige sein[1]). Die Frage, ob durch die jeweils ins Auge gefaßte Unterlassung die Art der Benutzung des belasteten Grundstücks unmittelbar und in nicht unerheblichem Maße sich ändert, ist also der Prüfstein dafür, ob die betr. Unterlassung Inhalt einer negativen Dienstbarkeit sein kann. Nach Vorgang des römischen Rechtes, dessen individualistische Grundtendenz eine möglichst uneingeschränkte Freiheit des Eigentums anstrebte, hat aber auch das BGB. gewisse Grenzen für den Umfang der Servituten gezogen.

1. Nach der — zwingenden[2]) — Vorschrift des § 1019 kann eine Grunddienstbarkeit nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet und kann über das sich hieraus ergebende Maß hinaus nicht erstreckt werden. Unter Vorteil ist hier jeder, nicht nur der vermögenswerte, gemeint, wie denn auch der Entwurf I (§ 967) von „Vorteil oder Annehmlichkeit" des herrschenden Grundstücks sprach. Infolge der Farblosigkeit dieses Ausdrucks ist es demnach nicht richtig, wenn Kohler[3]), der überhaupt die Vorschriften über die Dienstbarkeiten, insbesondere durch Festhalten an dem Erfordernis der causa perpetua und der Vizinität, außerordentlich restriktiv interpretiert, die Behauptung aufstellt, es gäbe keine Servitut „der Art, daß in dem Nachbargrundstücke ein Gewerbe nicht betrieben werden darf, — denn diese Unterlassung wäre kein Vorteil, der die naturale oder technische Lage des geschäftsführenden Grundstücks und seine naturale Betriebskraft steigerte, sondern es wäre nur eine Ver-

---

[1]) Vgl. Lehmann a. a. O.

[2]) Motive III, S. 476, Ziff. 3. S. 482, Ziff. 5.

[3]) Archiv für die civ. Pr. 87, S. 174.

besserung durch Verbesserung der wirtschaftlichen Konstellation, unter der im Grundstück gearbeitet wird."

2. Für Personalservituten ist ein dem § 1019 entsprechender Maßstab in § 1091 angegeben, demzufolge der Umfang sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt. Diese Vorschrift hat jedoch keine eigentliche Beschränkung zur Folge, da sie als bloße Dispositivnorm durch Parteivereinbarung außer Kraft gesetzt wird. Dagegen besteht für Personalservituten die Beschränkung der Unvererblichkeit (§ 1090[2] mit 1061) und Unübertragbarkeit (§ 1092). Außerdem ergibt sich für die affirmativen Servituten aus der Begriffsbestimmung des § 1018 insofern eine Beschränkung, als die Dienstbarkeit nur darauf gehen darf, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, also nicht wie der Nießbrauch in der Ziehung sämtlicher Nutzungen bestehen darf. Das Ergebnis unserer Untersuchung ist demnach folgendes: Duldungen von Eingriffen, die sich als eine Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen darstellen, und Unterlassungen von Handlungen, die der Eigentümer des belasteten Grundstücks kraft des ihm zustehenden Eigentums vorzunehmen befugt ist, können den Inhalt von Dienstbarkeiten bilden. Sie können dies nicht, wenn

a) bei Grunddienstbarkeiten das in § 1019 gestattete Maß überschritten wird,

b) wenn bei Personalservituten das Recht als ein veräußerliches und vererbliches bestellt werden soll. Alle Duldungen und Unterlassungen, die nach oben Ausgeführtem nicht den Inhalt einer Servitut bilden können, kommen, da sie allein in dieser Rechtsform zur Verdinglichung gelangen können, in erster Linie[1]) als möglicher Inhalt von negativen Reallasten in Betracht.

[1]) nicht aber ausschließlich, vgl. § 18.

C. Die Reallast.

§ 6. Begriff der Reallast.

1. Reallast ist die Belastung eines Grundstücks mit dem Recht auf Entrichtung wiederkehrender Leistungen aus dem Grundstücke.

2. Die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit diese Rechtsform Duldungen und Unterlassungen, von denen vorstehend die Rede gewesen ist, zum Inhalt haben kann, wird in der Weise erfolgen müssen, daß an Hand der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen geprüft wird, inwiefern dieselben für oder wider die Zulässigkeit negativer Leistungen als Inhalt von Reallasten sprechen. Dabei wird eine Stellungnahme zur Frage nach der Rechtsnatur der Reallast und zu den in dieser Hinsicht bestehenden Theorien unabweislich sein, obwohl es naturgemäß nicht unsere Aufgabe sein kann, im Rahmen dieser Abhandlung die zahlreichen Theorien erschöpfend zu erörtern, die zur Erklärung der Reallastenfrage, einer der verworrensten Zweifelsfragen des deutschen Rechtes, aufgestellt worden sind. Da aber die heute geltende gesetzliche Regelung der Reallast, wie jedes Rechtsinstitut überhaupt, nur den Niederschlag einer jahrhundertelangen historischen Entwickelung bildet, ist der Besprechung der gesetzlichen Vorschriften und der Untersuchung, inwieweit aus denselben ein Anhalt für die vorliegende Frage geschöpft werden kann, ein Überblick über die Geschichte der Reallasten vorauszuschicken.

a) Reallasten des römischen Rechts.

§ 7.

Während das römische Recht schon frühzeitig die Grundstücksbelastung der Servituten ausbildete und die Lehre von denselben zu einer vorbildlichen Vervollkommnung brachte, lassen sich von reallastähnlichen Rechtsgebilden nur vereinzelte Spuren nachweisen. Die Reallast ist einem bodenständigen Zeitalter entsprossen, in dem der Grundbesitz und der Realkredit eine besonders hervorragende wirtschaftliche Bedeutung hatte und die Erscheinung einer reinen Sach-Haftung, die ja das Wesen der Reallast bildet, zeitigte, während dem römischen Rechte infolge Vorwiegens des Personalkredits die persönliche Haftung als mit der Schuld ihrem Wesen nach verbunden er-

schien und reine Sachhaftung fast[1]) unbekannt war. (Wie dies die Glosse zu Ssp. III 5 als wesentliche Besonderheit der „Institutionen“ erkennt, daß geit deme lyer syn pant binnen guder hude aff, he irvordere noch den syn gelt. Dit dat he aff set dat is wan he deme pande allein getruwet heft. Dat in Inst. steit dat is wan he beide, manne unde pande gelauet het.) Es fehlte der römischen Volkswirtschaft weiterhin eine den deutschen Grundhörigen analoge Volksklasse, aus deren rechtlichen Beziehungen zu einer übergeordneten Grundherrschaft Reallasten erwachsen konnten. Im Gegenteil war das römische Recht ängstlich bestrebt, die individuelle Freiheit der Einzelperson so weit als möglich zu wahren und eine Obligierung derselben ohne ihren Willen zu hindern. Bezeichnend für diese Tendenz ist die Tatsache, daß bei der servitus oneris ferendi die Reparaturpflicht des Inhabers des belasteten Grundstücks erst nach Überwindung einer widerstrebenden Meinung sich durchzusetzen vermochte[2]). Die Sprechweise der Quellen läßt aber erkennen, daß man diese reallastähnliche Schöpfung des römischen Rechts als Singularität empfunden hat. Ein reallastähnliches Rechtsgebilde kann man gleichfalls in dem emphyteutischen canon, einem Rechtserzeugnis der späteren Kaiserzeit, erblicken. Jedoch ist es nicht angängig, diesen direkt als Reallast anzusprechen. Die Emphyteuse gewährte dem Emphyteuta zwar eine sehr weitgehende Berechtigung, jedoch blieb diese stets ein Recht an fremder Sache und das Eigentum an dem emphyteutischen Grundstück stand dem Herrn[3]) zu. Abgesehen davon unterschied sich das Rechtsverhältnis schon in seinen äußeren Wirkungen von einer Reallast z. B. darin, daß bei einer Veräußerung des Nutzungsrechts der bisherige Emphyteuta dem Herrn das Gut anbieten muß, worauf dieser nach Wahl entweder sein gesetzliches Vorkaufs-

---

[1]) Das Entstehen einer Grundschuld war im r. R. dadurch möglich, daß die hypothekarische Klage 40 Jahre, die persönliche nur 30 Jahre dauerte. (L. 7 C. de praescr. 7, 39.) Während der letzten 10 Jahre war die Hypothek demnach zu einer Grundschuld geworden (Baehr Kr. V. J. Schr. 30, 518 ff.). Jedoch bot diese Singularität dem r. R. keinen Anlaß zu genauerer Erkenntnis des Wesens von Schuld und Haftung.

[2]) l. 6, § 2 D 8, 5.

[3]) Ursprünglich wurden nur kaiserliche Güter auf diese Art ausgegeben. (Puchta Institutionen 10 A. II, S. 240.

recht ausübt oder gegen Empfang der quinquagesima den neuen Emphyteuta einweist, also mit diesem den contractus emphyteuticarius von neuem abschließt; reallastähnlich ist dagegen die Bestimmung, daß wenn der Herr sich weigert, den neuen Emphyteuta einzuweisen, dieser nach Ablauf von zwei Monaten durch bloße Tradition, wider den Willen des Herrn, an die Stelle des bisherigen Emphyteuta tritt[1]) und damit die Verpflichtung zur Entrichtung des canons auf sich nimmt.

In diesem Zusammenhang mag noch eine sowohl vom rechtlichen wie wirtschaftspolitischen Gesichtspunkt interessante Erscheinung der Kaiserzeit erwähnt werden. Es sind dies die Alimentenstiftungen, die von Kaisern und Privaten meist zur Versorgung unbemittelter Knaben und Mädchen ehelicher Abkunft geschaffen wurden und über die uns eine Anzahl erhaltener Steintafeln Aufschluß geben[2]). Die für die Alimentierung erforderlichen Mittel wurden, wenigstens bei den kaiserlichen Stiftungen, in der Weise bereitgestellt, daß Grundstücke bis zu zu $^1/_{10}$ ihres Wertes durch eine mit 5% verzinsliche Schuld belastet wurden. Jedoch sind die Rechtsverhältnisse hierbei noch derart ungeklärt, daß eine Untersuchung, inwieweit diese Grundstücksbelastung etwa reallastähnlichen Charakter gehabt haben kann, unterbleiben muß. Die herrschende Meinung geht allerdings dahin, daß es sich hierbei um Darlehen aus kaiserlichen oder Fiskalmitteln handele, welche von den betr. Darlehnsempfängern hypothekarisch sichergestellt worden seien[3]). M. E. legt aber der Umstand, daß eine jemalige Rückforderung der dem Grundstückeigentümer gewährten Gelder nicht erwähnt wird, eine solche auch dem Sinne dieser Stiftungen nicht entsprochen haben würde, die Annahme eines Rentenkaufs nahe.

Wahre Reallasten können wir dagegen auf öffentlichrechtlichem Gebiete nachweisen. Eine solche ist ihrem Wesen nach die von Provinzialgrundstücken zu entrichtende Grundsteuer, das vectigal bei den agri vectigales, obschon das römische Recht die von C. Gracchus[4]) herrührende Anschauung hatte, daß infolge der Eroberung das Eigentum am fundus provincialis

[1]) l. 3, § 5, Cod. 4, 66.

[2]) Bruns: Fontes 6. Aufl., S. 305—311.

[3]) Brinz: Sitzungsberichte der kgl. bayr. Akad. der Wissenschaft. zu München 1887. S. 222 ff.

[4]) Mommsen, röm. Gesch. II, S. 117.

dem römischen Volke oder dem Kaiser zustehe[1]). Wem Besitz und Genuß an diesem Boden zustand, der hatte an den Staat gleich einem bloßen Pächter eine Abgabe zu zahlen, die am Grundstücke haftete und auf den Sukzessor überging (l. 7 pr D. 39,4 Imperatores . . . . . rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere.). Desgleichen sind dem Staate zu leistende Spanndienste (angariae), sowie durch den Kommunalverband begründete Wegelasten dem römischen Rechte nicht unbekannt[2]). Außer den genannten kennt das römische Recht keine Rechtsformen, die man als Reallasten ansprechen könnte, im Gegenteil ist in l. 81, § 1 D. de contr. emt. 18,1 ausdrücklich die Unzulässigkeit solcher ausgesprochen. Eine am belasteten Grundstück haftende Verpflichtung zu Unterlassungen, die wir als evtl. Inhalt von Reallasten kennen gelernt haben, würde man im römischen Rechte aber vergebens suchen. Das römische Recht kennt keine Rechtsform, in der über den enggezogenen Rahmen der Prädial- und irregulären Personalservituten hinausgehende Unterlassungen verdinglicht werden könnten. Ein rein äußeres Kennzeichen dieser Tatsache ist, daß unter den nicht gerade zahlreichen Beispielen negativer Obligationen[3]) die Mehrzahl servitutähnlichen Inhalt hat; sobald also eine Unterlassungs- bezw. Duldungspflicht in den Rahmen der Dienstbarkeit nicht hineinpaßte, war die Eingehung einer entsprechenden passiv vererblichen Obligation das einzige Mittel, um ein der Dienstbarkeit praktisch angenähertes Recht zu erlangen.

b) Reallasten des deutschen Rechts.

§ 8.

Historische Übersicht und Arten der Reallasten.

Obwohl die Grundsteuer auch nach der Auflösung des römischen Reiches sich durch einige Zeit erhalten hat, derart, daß infolge der Okkupation von tributpflichtigen Gütern auch Germanen die Pflicht des vectigal auf sich nahmen[4]), hat diese Form von Grundstücksbelastungen im deutschen Rechte doch

---

[1]) Gaius Inst. II, 7, weiteres Puchta II, § 245 n. d. I, § 68.

[2]) Duncker, Reallasten S. 59.

[3]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 1900, II, S. 14 n. 1a.

[4]) Schwind, Jh. Jahrb. 33, S. 5.

nicht feste Wurzel fassen können. Vielmehr sind sämtliche Reallasten, die in der deutschen Rechtsgeschichte eine Rolle gespielt haben, deutschrechtlichen Ursprungs. Und zwar sind ihre Spuren fast soweit zurück zu verfolgen, als überhaupt die geschichtliche Überlieferung über die germanischen Völker reicht. Bereits bei Tacitus können wir die Ansätze zu einer germanischen Grundsteuer[1]): mos est civitatibus conferre principibus vel armentorum vel frugum . . . und einer privatrechtlichen Reallast[2]) nachweisen: servis frumenti modum dominus aut pecoris aut vestis ut colono iniungit.

Den tiefestgehenden Unterschied zwischen der deutschen und römischen Volkswirtschaft bedeutet die von der rechtlichen Lage des römischen Sklaven völlig verschiedene Stellung des deutschen Unfreien. Da der Mangel an Verkehr zur Naturalwirtschaft drängte und die Unmöglichkeit, eine etwaige Mehrproduktion zu verwerten, die eigenwirtschaftliche Nutzung ausgedehnterer Latifundien unnütz erscheinen ließ, auch die Kopfzahl der Unfreien im Vergleich zu römischen Verhältnissen eine beschränktere war, ist die deutsche Volkswirtschaft niemals zu der rücksichtslosen Ausbeutung von Menschenkräften gelangt, die der römischen Sklavenwirtschaft eigen war. Der Herr überließ dem Unfreien eine Parzelle zum eigenen Anbau und behielt sich nur gewisse Abgaben vor (. . . ceteris servis non in nostrum morem . . . utuntur, suam quisque sedem, suos penates regit[3])). Den Charakter von Reallasten hatten diese Leistungen aber noch nicht, da der Unfreie außerhalb des Volksrechtes stand, als Sache weder berechtigt noch verpflichtet war, und das Grundstück, aus dem die Leistungen zu entrichten waren, im Eigentum des Herrn stand, demnach von einer Belastung desselben keine Rede war. Das Verhältnis war vielmehr ein rein tatsächliches, der Umfang der Leistungen hing lediglich vom Belieben des Herrn ab. Das allmähliche Aufrücken des Unfreien zur Hörigkeit verwandelte das beschriebene rein tatsächliche Verhältnis in ein rechtliches. Sobald diese Umwandlung der Rechtslage vollzogen war, erschienen die von dem Gewaltunterworfenen gesteuerten Leistungen nicht mehr

[1]) Germania cap. 15.
[2]) Germania cap. 25.
[3]) Germania cap. 25.

als Ausdruck einer bloßen Gewalt, sondern eines Rechtes des Herrn. Bei dieser Gestaltung der Dinge wurde es alsdann möglich, daß auch freie Leute zu den Grundeigentümern in ein solches Verhältnis traten, was dann naturgemäß eine günstige Rückwirkung auf die Stellung der von jeher Unfreien zur Folge hatte[1]). Im Laufe der Zeit trat das Eigentum des Berechtigten an den zinsenden Gütern hinter dem patrimonialen Herrschaftsrecht zurück und die rein tatsächliche Innehabung des Grundstücks verwandelte sich dadurch, daß dieses längere Zeit in den Händen derselben Familie verblieb, in ein Recht des Besitzers an der von ihm bebauten Scholle. Nachdem sich erst diese Anschauung Geltung verschafft hatte, war der Boden für eine weitere wirtschaftliche Hebung des Bauernstandes vorbereitet, indem allmählich die persönliche Verpflichtung des Hofinhabers sich in eine Abgabe aus dem Grundstücke, in eine dingliche Belastung des letzteren verwandelte.

Zur Bildung von Reallasten führte weiterhin die weltliche Vogteigewalt, die dem Vogt an den seinem Schutze unterstehenden Personen zustand. Die Grundherren und Immunitätsherren übertrugen die Ausübung ihrer Befugnisse den Grundholden und Immunitätsleuten gegenüber sowie die tatsächliche und rechtliche Schützung der letzteren den Vögten[2]). Die Unsicherheit der Zustände bewog auch zahlreiche vollfreie Personen, sich und ihre Güter unter den Schutz eines Vogtes zu stellen. Befördert wurde diese Entwicklung hauptsächlich durch die unter Karl dem Großen abgeschlossene Auflösung des allgemeinen Heerbanns, an dessen Stelle Vasallenheere traten. Mit dem Verluste der eigenen Waffenfähigkeit mußte das Bedürfnis nach fremdem Schutz entstehen, der bisherige Gemeinfreie unterwarf sich der Advokatie eines Stärkeren, dem er als Entgelt für gewährten Schutz Abgaben und Dienste zu leisten hatte[3]). Dem Zuge der Zeit folgend wurden diese Abgaben oft verdinglicht und auf die Grundstücke gelegt, jedoch bestanden zahlreiche persönliche Vogtsteuern neben den ver-

---

[1]) Friedlieb, Die Rechtstheorie der Reallasten, S. 36.

[2]) Vergl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II S. 302.

[3]) Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten 1846, S. 8. Ein anschauliches Bild dieses Vorganges geben die bei Renaud (S. 7) abgedruckten acta fundat. murens. Monast.

dinglichten fort[1]). So unterscheidet das urbarium für Zug 1309[2]) zwischen den Abgaben eines Hofes und solchen der Hofleute. Ebenso wird zwischen Abgaben von Gütern zu Hofrecht und einer „Vogtssteuer", welche die einzelnen Personen zu entrichten hatten, unterschieden. Der Leibherr oder Vogt konnte die ihm untergebenen Leute entweder schlechthin mit Fronden belasten oder nur, sofern sie Grundbesitz inne hatten[3]). Wenn, was möglich war, Schirmvogt und Gerichtsherr verschiedene Personen waren[4]), so konnte ein Grundstück zugleich mit gerichtsvogteilichen und schirmvogteilichen Reallasten beschwert sein.

Als Grundherr oder Schutzherr war bei der Bedeutung der Kirche im Mittelalter auch diese in hervorragender Weise an der Entstehung von Reallasten beteiligt. Aber noch auf einem andern eigenartigen Wege trug die Kirche zur Entstehung von Reallasten bei: durch das geistliche Zehntrecht[5]). In dem Maße, wie einerseits der religiöse Eifer der Massen erkaltete, andererseits die materiellen Bedürfnisse der Kirche wuchsen, verdichtete sich allmählich die bisher nur als Gewissenspflicht betrachtete Beisteuer zum Unterhalt der Geistlichen zu einer rechtlichen Pflicht. Den Abschluß brachte das 2. Konzil von Maçon 585, das unter Strafe des Bannes den Zehnt von allen Früchten forderte. Die rechtliche Begründung der Zehntpflicht fand man einerseits in analogen Bestimmungen des mosaischen Rechts[6]) und erblickte andererseits in dem Zehnt den Ausfluß eines Gott an dem Grund und Boden zustehenden dominium eminens[7]). In ihren Ansprüchen wurde die Kirche von der weltlichen Macht nachhaltig unterstützt. So droht Karl d. Gr. in einem Kapitulare v. J. 817 den säumigen Zehntpflichtigen schwere Strafe an: qui decimas dare neglexerit . . restituat et insuper bannum nostrum solvat[8]).

[1]) Vergl. Urk. aus d. J. 1309 bei Renaud S. 9.

[2]) Bei Renaud S. 9.

[3]) Renaud S. 47.

[4]) Brunner II, S. 309.

[5]) Ueber das Folgende bes. Meurer. Das Zehnt- und Bodenzinsrecht in Bayern. S. 4—11.

[6]) 3 Mos. 27, 30, 32; 5. Mos. 14, 22.

[7]) Vergl. die überaus bezeichnende Stelle cap, 26 X de decimis 3,30; bei Renaud S. 12.

[8]) Meurer S. 6, Anm. 7.

Während die bisher genannten Reallasten ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zur Grundlage haben, gelangten seit dem 12. Jahrhundert und besonders in den Städten, auch rein privatrechtliche Reallasten zur Entstehung. Sie haben ihre Quelle in der freien Erbleihe. Hinsichtlich der Entstehung dieses Rechtsinstituts bestehen manche Zweifel, indem vor allem streitig ist, ob sich die freie Erbleihe aus der Leihe nach Hofrecht[1]) oder aber unabhängig von dieser aus den älteren freien Leiheverhältnissen entwickelt hat, die von jeher neben der Leihe nach Hofrecht bestanden und sich von dieser durch ihre rein vermögensrechtlichen, keinerlei Beeinträchtigung der persönlichen Unabhängigkeit nach sich ziehenden Wirkungen unterschieden[2]). Wir können unter den freien Erbleihen zwei Arten unterscheiden: eine mehr öffentlichrechtliche, die wir als Gründerleihe bezeichnen können, da sie die Rechtsform war, unter der bei Markt- und Dorfgründungen die Vergabung der Hausstätten bezw. Hufen an die zuziehenden Ansiedler geschah, und eine mehr privatrechtliche Erbleihe. Letztere hat sich in der Art entwickelt, daß der Eigentümer eines Grundstücks dieses an einen Grundherren, vor allem die Kirche, vergabte und von diesem gegen Leihezins auf Lebenszeit zurückerhielt („Vitalleihe"). Da es häufig vorkam, daß nach dem Heimfall das Gut an den nächsten Erben des Inhaber wiederverliehen wurde und außerdem diejenigen, welche Schenkungen in Grundbesitz machten, häufig ausdrücklich nicht bloß für sich und die nächsten Angehörigen, sondern für die gesamte Verwandtschaft die erbliche Nutzung vorbehielten, wurde es allmählich zur Regel, daß die Verleihung zu erblichem Rechte geschah, und entwickelte sich die „Vitalleihe" zur Erbleihe. Von der Erblichkeit zur freien Veräußerlichkeit war dann nur noch ein Schritt.

In nachweisbarer[3]) Anlehnung an die freie Erbleihe hat sich alsdann der Rentenkauf entwickelt, indem der kreditbedürftige Grundeigner an den Kapitalgeber, der gegen Gewährung eines Kapitals eine Rentenberechtigung erwerben wollte, das Grundstück aufließ und unter Vorbehalt der Rente zurückerhielt, ein

---

[1]) So Arnold, zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, 1861.

[2]) So Rietschel, Z. für Rechtsgesch. germ. Abt. 22, S. 207 ff., 219 ff.

[3]) Vgl. Arnold S. 91.

umständliches Verfahren, das allmählich durch die bloße Auflassung der Rentberechtigung ersetzt wurde[1]).

Mit dem Leiherecht hat ferner eine unleugbare Verwandtschaft das hauptsächlich dem bäuerlichen Rechte angehörige Rechtsinstitut des Altenteils. Obwohl bezüglich der Geschichte desselben manche Unklarheit herrscht, läßt sich auch hier der Einfluß der Grundherrschaft auf die Gestaltung, damit wohl auch auf die Entstehung dieser Rechtsform erkennen. Es lag im Interesse des Grundherrn, daß ein arbeitsfähiger Bauer das Gut in Händen hatte, daher mußte für die Ausstattung des bereits Arbeitsuntüchtigen gesorgt werden, damit diesem der Rücktritt nicht allzu sehr schwer falle, anderseits durfte der neu Eintretende, um nicht abgeschreckt zu werden, mit keinen allzu hohen Lasten zugunsten des Auszüglers beschwert sein[2]). Das wirtschaftlich einheitliche Institut des Altenteils enthält juristisch verschiedene Elemente, indem sich in demselben Nießbrauch und andere persönliche Dienstbarkeiten mit Reallastberechtigungen verweben, deren gegenseitige Abgrenzung im konkreten Falle Schwierigkeiten verursachen kann[3]).

Außer den bisher genannten Grundstücksbelastungen, die z. T. nicht rein privatrechtlichen Ursprungs, sondern Ausfluß einer private und öffentliche Elemente vereinigenden Gewalt waren, werden häufig rein öffentliche, durch Staats- oder Gemeindebürgerpflichten gebotene Grundstücksbelastungen den Reallasten beigezählt. Als Ausfluß des Hoheitsrechtes, auf dem diese Verpflichtungen beruhen, sind diese nicht als Reallasten im technischen Sinne aufzufassen und deshalb seitens der Theorie häufig von ihrer Betrachtung ausgeschlossen worden[4]). Demnach werden auch wir Grundsteuer, Landfolge, Gemeindelasten[5]) von unserer Erörterung ausscheiden. Eine eigentümliche Stellung nehmen in dieser Hinsicht die Deich- und Siellasten ein. Während sie im Mittelalter zweifellos privatrechtlichen Charakters waren und deshalb von den Rechtsbüchern[6]) deutlich als Reallast bezeichnet werden, hat die Gefahr, welche in einer

[1]) Huber, System und Geschichte des schweizer. Privatr. IV, S. 780.
[2]) Schwind S. 28.
[3]) Hierüber noch § 18.
[4]) Gerber, Deutsches Privatrecht 16. Aufl. § 169 n. 4.
[5]) Duncker, Reallasten S. 175—181.
[6]) Ssp. II 56, Schwsp. 408; bei Duncker Reallasten S. 182.

Verwahrlosung des Deich- und Sielwesens liegt, zu einer allmählich immer mehr gesteigerten Aufsicht des Staates geführt, bis das Deichgenossenschaftswesen schließlich auf eine rein staatsrechtliche Grundlage gestellt wurde.

Weil den mittelalterlichen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend, haben die Reallasten eine ganz außerordentliche Ausbildung und Verbreitung gefunden. Mit der sich allmählich vollziehenden Umwandlung dieser Verhältnisse mußten sich aber auch die Reallasten überleben. Ursprünglich unkündbar, wurden die Renten allmählich durch rechtsgeschäftliche Abmachungen[1]), später durch Gesetze[2]) der Ablösbarkeit durch den Pflichtigen unterworfen, während der Berechtigte anfänglich nur bei Säumigkeit, später ohne diese Beschränkung, kündigen durfte[3]). Am längsten und reichhaltigsten erhielten sich die Reallasten auf dem Nährboden, dem sie ursprünglich und hauptsächlich entsprossen waren, in dem gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse. Mit der fortschreitenden Steigerung der individuellen Freiheit des Bauern mußte aber das Streben erwachen, denselben auch wirtschaftlich von einengenden Fesseln zu befreien. Nachdem bereits Österreich unter Joseph II. bemerkenswerte Maßregeln in dieser Hinsicht getroffen hatte, gab den mächtigsten Anstoß zu weiterem Vorgehen die französische Revolution, indem auf Grund der Beschlüsse der Nationalversammlung vom 4. August 1789 die nur im Feudalrecht wurzelnden Lasten ohne Entschädigung aufgehoben, die auf privatrechtlichen Entstehungsgründen beruhenden für ablösbar erklärt wurden. Der Eindruck dieser radikalen Reform wirkte weiter fort und hatte mittelbar die Ablösungsgesetzgebung in Deutschland, besonders in Preußen, zur Folge. Die Agrargesetzgebung in Preußen[4]) begann mit dem Edikte vom 9. Oktober 1807, von dessen Bestimmungen insbesondere die Beseitigung der Gutsuntertänigkeit hervorzuheben ist. Es folgten zwei Edikte vom 14. September 1811, von denen das zweite die sog. Regulierung der gutsherrlichen Verhältnisse zum Gegenstand hatte. Diese bestand in der

---

[1]) Huber, S. 782, Anm. 32.

[2]) Vgl. Bamberger, Zehntvertrag 1525 (Stobbe S. 511), Huber a. a. O. Anm. 35.

[3]) Rdep. Abschied v. 1600. (Stobbe S. 105.)

[4]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., I, 479 ff.

Umwandlung des bisher nur öffentlichrechtlichen Schutz genießenden[1]) lassitischen Besitzes der Hintersassen in freies Eigentum. Nach einem Rückschlagen der Bewegung durch die Deklaration vom 29. Mai 1816 trat an die Stelle der bisherigen Gesetzgebung das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850. Das Ablös.-G. (§§ 2, 3) hat gemäß der Verheißung der Pr. V. U. Art. 42 eine Reihe von Lasten ohne Entschädigung aufgehoben, insbesondere alle auf einem guts-, grund- oder gerichtsherrlichen Verhältnisse beruhenden Lasten. § 6 erklärte „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigentümlich oder bisher erbpacht- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften (Reallasten)," für ablösbar. Die Neubegründung beständiger Abgaben und Leistungen, die nach dem Abl. G. ablösbar waren, wurde verboten. Eine Ausnahme machte § 91, der eine kündbare feste Geldrente für zulässig erklärte. Weitere Ausnahmen durch Zulassung der nur mit Zustimmung beider Teile ablösbaren Geldrente und der Körnerrente führte das Gesetz vom 26. April 1886 (§§ 3, 4), sowie Rentengutsgesetze von 1890, 1891 und 1896 herbei.

Der Inhalt der Reallasten konnte mannigfachster Art sein und ist auch keineswegs auf die geschichtlich überlieferten Arten beschränkt[2]); er braucht nicht einmal vermögensrechtlicher Natur zu sein, wie z. B. der Frontanz beweist, den die Froner mit ihren Frauen und Töchtern bei gewissen Gelegenheiten darzubringen hatten. Dagegen sind Reallasten, die in einem bloßen Unterlassen bestehende Leistungen zum Inhalte hätten, geschichtlich nicht nachzuweisen[3]) und würden auch den Rechtsanschauungen des Mittelalters nicht entsprochen haben. Denn während schon im römischen Rechte die Bedeutung der Unterlassung eine recht geringe war, tritt diese im deutschen Rechte als selbständige Leistung überhaupt nicht hervor. Als Leistung figuriert in den Quellen einzig das „lesten, gelden", also positives Tun. Das mittelalterliche Recht kennt die Unterlassungspflicht nur als unselbständige neben einer positiven Hauptpflicht. So bezeichnet der Ssp. (I, 7) den Inhalt des Forderungsrechtes: „Swer icht borget oder gelobt, der sal iz

[1]) ALR. II 7, § 14.

[2]) RE. 4[132] OLG. Bayern 50 n. 253, 10 n. 285.

[3]) Abgesehen von einzelnen der Reallast konformen Zwangsrechten, vgl. § 9.

gelden, und swaz er tut, daz sal he stête halden." In diesem „Halten" ist der sekundäre Inhalt der Leistungspflicht, die unselbständige Pflicht, alles zu unterlassen, was die Realisierung der positiven Hauptpflicht gefährden könnte, getroffen. „Diese scharfe Gegenüberstellung des Halten- und Leistensollens im mittelalterlichen Obligationenrecht gibt einen guten Beleg dafür ab, wie sehr das positive Moment im mittelalterlichen Leistungsbegriff betont worden ist[1]). Die Annahme der Zulässigkeit von Unterlassungsreallasten begegnet denn auch nur vereinzelt bei Friedlieb[2]), der übrigens als Beispiel die Verpflichtung anführt, in dem Nachbarhause kein Konkurrenzgewerbe zu treiben, also eine Beschränkung, die nach unseren Ausführungen[3]) servitutischen Charakters ist. Von Duldungsreallasten spricht nur Gengler[4]), der sich dazu noch sehr unbestimmt ausdrückt: „selbst das römischrechtliche Hauptmoment der iura in re aliena, die Duldung, braucht im Wesen der Reallast nicht vermißt zu werden"; sowie von Roth[5]): „daß die Reallasten in einer (positiven) Leistung bestehen, bildet nur die Regel und darf keinesfalls als allgemeine Voraussetzung angesehen werden." Auch Renaud[6]) sieht Reallasten allgemein als zu einem Dulden verpflichtend an.

Die Ablösungsgesetzgebung in Preußen und den übrigen deutschen Gliedstaaten[7]) hat sich nur auf positive Reallasten bezogen, sodaß auch nur diese von dem Verbote der Neubegründung betroffen werden. Unter „Leistungen" im Sinne des Abl. G. sind nicht auch Unterlassungen, sondern nur positive Leistungen zu verstehen. So hat das OT.[8]) in der Verpflichtung des Eigentümers einer Badeanstalt, diese für die Bürger des Badeortes in Stand zu halten, denselben gegen einen bestimmten niedrigen Preis Bäder zu gewähren und sie beim Baden ordentlich zu bedienen, im Gegensatz zur II. Instanz keine nach § 6 Abl. G. ablösbare Reallast erblickt, obwohl doch

---

[1]) Lehmann, S. 52.
[2]) Reallastentheorie S. 305.
[3]) oben § 5.
[4]) Gengler, Das deutsche Privatrecht, 4. Aufl. 1892, S. 288.
[5]) Deutsches Privatrecht, III, S. 465.
[6]) S. 25.
[7]) Über diese eingehend Friedlieb 78—119.
[8]) Striethorst Archiv 26, Seite 51 ff.

neben der Duldung des Eigentümers recht ausgesprochene positive Leistungen standen. Ebenso wurde[1]) der Berechtigung einer Gerberinnung auf der Mühlenwalke eines andern Felle gegen eine bestimmte und unabänderliche Vergütung zu walken, die Eigenschaft einer ablösbaren Reallast abgesprochen, da die Verpflichtung, die Walkvorrichtung in demjenigen Zustande zu erhalten, der erforderlich wäre, um das Gebrauchsrecht ausüben zu können, gegenüber der Duldungspflicht eine sekundäre sei.

Hervorzuheben ist aber, daß nach dem Sächs. BGB. § 505[2]) die Reallast darin besteht, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks „dem jedesmaligen Eigentümer eines bestimmten anderen Grundstücks oder einer bestimmten Person etwas gebe oder zu deren Vorteil etwas tue." Nach dieser Definition sind für Sachsen negative Reallasten begriffsmäßig ausgeschlossen.

§ 9. **Die Zwangs- und Bannrechte.**

Während historische Belege für Reallasten negativen Inhalts nicht beizubringen sind, enthält eine andere deutschrechtliche Rechtsform im wesentlichen Verbotsbefugnisse und entsprechende Unterlassungspflichten: es sind dies die Zwangs- und Bannrechte.

Unter einem Bannrechte ist die Befugnis zu verstehen, den dem Bannrechte unterliegenden Personen, den Einwohnern des Banndistriktes, den Betrieb eines gewissen Gewerbes, unter einem Zwangsrechte das Recht, ihnen die Befriedigung gewisser Bedürfnisse bei einem andern Gewerbetreibenden als dem Zwangsberechtigten zu untersagen. Durch das in dem Bannrechte enthaltene Verbot eines Gewerbebetriebs wird eine wesentliche und unmittelbare Einwirkung auf die Benutzung des Grundstücks ausgeübt, das Bannrecht weist daher nach unseren Ausführungen in § 4 mehr Analogie mit den negativen Servituten auf.

Die Hauptarten der Zwangsgerechtigkeiten sind[3]):

1. Der Mühlenzwang, d. h. die Berechtigung, von den Bannpflichtigen zu verlangen, daß sie die Verarbeitung

[1]) Striethorst Archiv Bd. 42, S. 240.
[2]) Motive III, 571ff.
[3]) Weiske, Rechtslexikon, Bd. 15, S. 709.

ihres Getreidebedarfs in keiner anderen als der zwangsberechtigten Mühle vornehmen lassen,

2. Der Bierzwang, in dem Rechte bestehend, den Einwohnern oder bloß den Wirten eines Bezirkes, meistens innerhalb der sog. Bannmeile, zu verbieten, daß sie aus einem andern als dem zwangsberechtigten Brauhause ihren Bedarf an Bier beziehen,
3. Der Weinzwang,
4. Der Kelter-
5. Der Backofenzwang.

Aus der Darstellung dieser Gerechtigkeiten erhellt bereits, daß es im wesentlichen sich um Verbotsrechte handelt. Das Zwangsrecht legt nicht die Verpflichtung auf, bestimmte Quantitäten der dem Zwangsrecht unterliegenden Güter zu kaufen; insofern diese Güter aber zu den unabweisbaren Lebensbedürfnissen gehören, wird ein mittelbarer Zwang zu deren Bezug geübt, der praktisch ebenso wie ein direkter Zwang in Erscheinung tritt[1]). Gegen diese Betonung des Verbietungsrechts als Inhalt des Zwangsrechts wendet sich Duncker[2]), der als wesentliches Merkmal der Zwangsrechte den auf die Eingebannten ausgeübten indirekten Zwang erklärt. Durch das Verbot allein werde dem Berechtigten kein Nutzen gebracht, sondern nur den anderen Gewerbetreibenden geschadet. Die Zwangsrechte bezweckten aber zunächst nur den Vorteil des Berechtigten und dieser werde eben dadurch verwirklicht, daß die fraglichen Lebensbedürfnisse bei dem Berechtigten wirklich angeschafft oder zubereitet werden. Der wirtschaftliche Zweck und die praktischen Folgen sind aber etwas außerhalb des Begriffes eines Rechtes Liegendes und bei Bestimmung des juristischen Wesens außer Betracht zu lassen. Sobald die bannpflichtigen Personen überhaupt kein Bier mehr trinken oder, statt sich ihr Getreide mahlen zu lassen, ihr Brot fertig beim Bäcker kaufen, zerfließt die Bier- bew. Mahlzwangsgerechtigkeit in der Luft, es finden überhaupt keine positiven Leistungen der Bannpflichtigen infolge des Zwangsrechtes statt, während dieses selbst unverändert fortbesteht. Daraus geht doch hervor, daß der Inhalt dieses ein Verbietungsrecht ist.

---

[1]) Beseler, Syst. d. gem. deutschen Privatr. 1855. III, S. 251.
[2]) Zeitschr. f. deut. R. 2 S. 72.

Die Zwangsrechte weisen nun mit den Reallasten schon in der Hinsicht eine unleugbare Verwandtschaft auf, daß sie, zum großen Teil wenigstens, mit diesen einer gemeinsamen Quelle entflossen sind. Sie bildeten sich in gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen in der Weise aus, daß der Herr gemeinnützige Anlagen schuf und seine Gutsuntertanen alsdann anhielt, nur diese zu benutzen. So lautet eine Urkunde aus dem Jahre 1225[1]: Dicti tenentes praedictarum masurarum (mansorum) ad molendinum nostrum tenerentur molendinare . . und eine weitere: Odoinus de Mala Palude debet molendinare totum bladum suum in molendinis meis.

Als eines der wesentlichen Momente des Zwangsrechts, die letzteres von den eigentlichen dinglichen Rechten unterschiede, wird der Umstand angeführt, daß das Zwangsrecht die Pflichtigen nicht als Besitzer ihrer Grundstücke belaste, wie dies bei den Reallasten der Fall sei, sondern in ihrer Eigenschaft als Einwohner eines Ortes oder Distriktes[2]). Aber auch die Reallasten sind zum großen Teil aus solchen einen ganzen Distrikt verpflichtenden Rechten entstanden[3]), ehe sie sich zu reinen Grundstücksbelastungen entwickelten. Jedenfalls kommt aber das Zwangsrecht dadurch, daß es einen bestimmten Landkomplex als sachliches Substrat hat, bezüglich seiner Stellung im Rechtssysteme den wahren dinglichen Rechten sehr nahe[4]). In den Fällen, in denen der Besitzer des Grundstücks als solcher bannpflichtig ist, wie in den beiden zitierten Urkunden, ist es geradezu ein ius in re aliena. Dieser Tatsache hat das Reichsgericht Ausdruck gegeben, wenn es den dem Besitzer einer Schmiede gegen ein einzelnes Dominium zustehenden Schmiedezwang eine reallastähnliche Berechtigung nennt[5]). Ähnliche Fälle finden sich bei den gewerblichen Ehehafts-Verhältnissen, die in Bayern noch fortbestehen, aber auf Grund des Gesetzes v. 23. II. 68 betr. die Ablösbarkeit der auf Grund und Boden haftenden oder mit einer Gewerbsrealität verbundenen Ehehaftsverhältnisse abgelöst werden können. Sie bestehen darin, daß ein Gewerbetreibender verpflichtet ist, die

[1]) Bei Ducange glossarium mediae et infimae latinitatis V 445.
[2]) Duncker, Reallasten, S. 239.
[3]) S. oben § 8.
[4]) Gengler, S. 294.
[5]) R. E. 55 383.

in sein Gewerbe einschlagenden Bedürfnisse gewisser Personen oder Anwesensbesitzer unentgeltlich oder zu festen Preisen zu befriedigen, während ihm dafür gewisse regelmäßige gleichbleibende Reichnisse von den betreffenden Personen, mögen sie seine Dienste tatsächlich in Anspruch nehmen oder nicht, zu geben sind[1]). Sobald sich das Recht gegen einen Anwesensbesitzer richtet, der zur Entgegennahme von gewerblichen Leistungen ausschließlich seitens des Gewerbetreibenden verpflichtet ist, liegt eine reallastähnliche Berechtigung vor.

Die innere Verwandtschaft zwischen Zwangsrechten und Reallasten zeigt sich in der gleichen rechtlichen Behandlung, welche beide Institute erfahren haben. Das deutsche Recht, das überhaupt die eigentliche Heimstätte des Rechtsbesitzes ist, hat an zahlreichen Rechten, vor allem an Reallastberechtigungen, eine Gewere ausgebildet. Das Gleiche ist aber auch bezüglich der Zwangsrechte der Fall, „daß auch diese als Gegenstand einer Gewere behandelt wurden, dürfte kaum bezweifelt werden“[2]). Nach der Rezeption wurde an diesen Rechten, genau so wie an den Reallasten, ein mit Ausübung des Verbotsrechts[3]) zu erwerbender Quasibesitz anerkannt und durch possessorische Rechtsmittel gesichert. Auch die petitorischen Schutzmittel waren dieselben wie bei den Reallasten[4]).

Trotz dieser Analogien dürfen Zwangsrecht und Reallast doch nicht, wie dies früher bisweilen geschehen[5]), miteinander identifiziert werden. Denn obgleich auch die Reallasten in älterer Zeit oft ganze Distrikte belasteten, entwickelten sie sich doch durchweg zu reinen Grundstücksbelastungen (Striethorst Arch. 22, S. 80 hat das OT. eine Reallastklage, die sich gegen mehrere Dorfgemeinden richtete, im Gegensatz zu dem Erkenntnis der voraufgehenden Instanzen abgewiesen, weil „die fragliche Verpflichtung nicht auf dem Grundbesitze der Gemeinden oder Gemeindemitglieder beruhe“), während die Zwangsrechte nur ganz ausnahmsweise ein einzelnes Grundstück belasteten, in den weitaus zahlreicheren Fällen aber ganze Distrikte umfaßten und auch von denjenigen anerkannt werden

[1]) v. Landmann, Gewerbeordnung 1893, I, S. 88.
[2]) Albrecht, Krit. Jahrb. 5, S. 316.
[3]) Duncker, Zeitschr. f. d. R., 2, S. 70.
[4]) Hierüber vgl. unten § 10.
[5]) Gierke II, 636.

mußten, die gar keinen Grundbesitz inne hatten. Eine weitere Verschiedenheit ist, daß bei den Reallasten der Berechtigte lediglich einen Vorteil hat, während er bei den Zwangsrechten den Bannkunden die betreffenden gewerblichen Dienste leisten muß.

Meines Erachtens liegt aber in der Existenz der Zwangsrechte die Erklärung dafür, warum das deutsche Recht, das so sehr zur Verdinglichung der Rechte strebte, rein dingliche Rechtsformen mit einem der Reallast analogen negativen Inhalt in so spärlicher Weise ausgebildet hat. Unter den heutigen Unterlassungsleistungen stehen die auf Grund von Konkurrenzverboten geschuldeten an praktischer Bedeutung im Vordergrunde, das Bedürfnis nach solchen ist aber so recht eigentlich ein Erzeugnis des modernen Verkehrslebens. Die ältere deutsche Volkswirtschaft beruhte auf dem Bedarfdeckungsprinzipe, d. h. auf dem Sichgegenüberstehen eines stabilen Bedarfs und einer entsprechenden Produktion, für Konkurrenz war wenig Raum, erst der moderne Kapitalismus hat den Geist der Unruhe in diese konservativen Verhältnisse hineingetragen und den Begriff der Konkurrenz hervorgebracht. Soweit im Mittelalter überhaupt ein Bedürfnis nach solchen Unterlassungen bestehen konnte, wurde dinglichen Rechten des in Rede stehenden Inhalts durch die Zwangsrechte der Boden entzogen, indem naturgemäß ein Recht, das auf einem einzelnen Grundstück lastete, gegen eine Berechtigung nicht aufzukommen vermochte, die regelmäßig über einen ganzen Bezirk sich erstreckte. Daher konnte das deutsche Recht auch keine rechtlichen Gebilde schaffen, für die kein Bedürfnis bestand.

§ 10. **Rechtsnatur der Reallast.**

Eine Stellungnahme zu den Reallasttheorien und ein klares Urteil über das Wesen der Reallast bildet die unerläßlichste Vorbedingung zur Entscheidung der Frage, welche Leistungen den Inhalt der Reallast bilden können.

Schon von altersher, nachdem überhaupt die Rechtswissenschaft an die Systematisierung des durch die Rezeption geschaffenen Rechtes herangegangen war, bildete die Frage nach der Rechtsnatur der Reallast den Gegenstand lebhafter

Meinungsverschiedenheit. Während Carpcow[1]) die Reallasten als Forderungsrechte, gesichert durch eine hypothekarische Haftung des Grundstücks, auffaßte, eine Theorie, die im Württembergischen Landrecht von 1610 gesetzliche Sanktion erhalten hat[2]), konstruierte eine entgegengesetzte Theorie[3]) die Reallasten als servitutes iuris Germanici, servitutes faciendi, indem sie damit den dinglichen Charakter der Reallast zum Ausdruck bringen wollte, zu diesem Zwecke aber den römischrechtlichen Servitutenbegriff gewaltsam umdeuten mußte. In dem — nicht Gesetz gewordenen — Codex Theresianus[4]) sowie dem Codex Max. Bavaricus [II, 7, § 2][5]) hat diese letztere Ansicht deutlichste Anerkennung gefunden.

In dem Gegensatz dieser beiden Theorien kann man ein Vorspiel zu dem Streit erblicken, den die Reallastenfrage in späterer Zeit entfesselt hat und der bis in die neueste Zeit hinein noch noch nicht geschlichtet worden ist. Denn abgesehen von der seltsamen Theorie von Mann[6]) gilt der Streit der Frage, ob die Reallast ein dingliches oder ein Forderungsrecht sei, während eine dritte Theorie zwischen beiden Lagern zu vermitteln sucht, indem sie der Reallast einen aus beiderlei Bestandteilen gemischten Inhalt zuschreibt.

Gegen die Auffassung der Reallast als eines reinen Forderungsrechtes[7]) spricht schon die Tatsache, daß die Reallast im deutschen Rechte als dingliches Recht angesehen und behandelt worden

---

[1]) Jurispr. Rom. Saxonia I c. 28 d. 54.

[2]) Schwind, S. 74.

[3]) Sie ist zuerst in den unabhängig von einander im J. 1710 in Leipzig bezw. Jena erschienen Dissertationen von Titius: „dissertatio de servitute faciendi" und Gerhard: „dissertatio de servitutibus in faciendo consistentibus" aufgestellt worden.

[4]) Schwind a. a. O.

[5]) Abgedr. bei Kraut, Grundriß, § 111 n. 9.

[6]) Untersuchungen über den Begriff der Reallasten 1869: Das Eigentum an dem belasteten Grundstücke stehe dem jeweiligen Eigentümer unter der Bedingung zu, daß an den Berechtigten die betr. Leistungen abgeführt werden, diese seien als Erfüllung jener Bedingung aufzufassen.

[7]) Vertreter v. Gerber, System S. 274ff. und Jh. J. II., S. 35ff., VI., S. 266ff., v. Savigny, Oblig. I, S. 134, Friedlieb, S. 135ff., Stobbe II, § 101, Mitteis, Individualisierung der Oblig. 1886, S. 35, v. Schwind, S. 120; Den Begriff der obligatio in rem scripta verwenden: Kohler, Pfandr. Forschungen 1882, S. 58ff., Lehmann bei Stobbe II 2, S. 63.

und als solches Gegenstand der Gewere gewesen ist[1]). Mit der Annahme eines persönlichen Schuldverhältnisses ist auch der Umstand unvereinbar, daß die Person des Schuldners erst durch den Besitz, bezw. nach heutigem Recht, das Eigentum bestimmt wird[2]) und daß mit dem Wechsel des Grundeigentums die Schuld ihr Subjekt wechselt. Die Anschauung[3]) aber, daß die Reallast ein Zwittergebilde, das Recht im ganzen nämlich ein dingliches, das Recht auf die einzelne Leistung aber ein persönliches Recht sei, enthält einen unlösbaren inneren Widerspruch. Eine verschiedene Rechtsnatur des Gesamtrechts und des Rechts auf die einzelnen Leistungen ist nicht denkbar. An solchem Widerspruch kranken auch die Theorien, die sowohl für Gesamtrecht wie für die einzelnen Leistungen eine Mischung von Forderungsrecht und dinglichem Recht annehmen[4]).

In der modernen Reallasttheorie ist denn auch die Ansicht, daß es sich bei der Reallast um ein dingliches Recht handle, die durchaus herrschende. Ein Nachhall der alten Servitutentheorie findet sich bei Gengler[5]), der die Reallastprästationen als bloße Bezüge des Berechtigten aus dem onerierten Grundstück, somit nur scheinbare Aktivleistungen des Verpflichteten, ansieht. Im übrigen wird allgemein anerkannt, daß der Berechtigung des Reallastberechtigten eine entsprechende Verpflichtung gegenübersteht. Die Personifikationstheorie

[1]) Daher Albrecht, Krit. Jahrb. V, S. 316ff.: Obligationen, mit dem äußerlichen Gewande des Immobiliarsachenrechts bekleidet.

[2]) Reallastverpflichteter war im älteren deutschen Rechte der das Grundstück zu eigenem Nutzen bewirtschaftende Besitzer; der Eigentümer war ja auch zumeist Reallastberechtigter. Zuerst bei den Renten, allmählich auch bei den übrigen Reallasten wurde die Verpflichtung dem Eigentümer auferlegt. Die bäuerlichen Lasten wurden mit der Auffassung des bäuerlichen Besitzrechts als Untereigentum und mit dessen schließlicher Umwandlung in Alleineigentum zu Eigentumslasten (so ausdr. Sächs. BGB., § 505). Heute trifft die Verpflichtung ausschließlich den Eigentümer, während der Besitzer zur Tragung der Last nur dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist (so der Nießbraucher BGB. § 1047), Gierke II, S. 722, Stobbe II 2, S. 64.

[3]) Wächter, Württ. Privatr. II, S. 312, Unger, System des österr. allgem. Privatr., 4. A. I, S. 559, v. Meibom, Jahrb. d. gem. R. IV, 503ff., Förster-Eccius Preuß. Privatr. III, 5. A., S. 393, Beseler, § 190, Anm. 5, Eck in Holtzend. Rechtslexikon III 265, Kyllmann, Ist die Reallast ein dingliches Recht oder die Summe einzelner Obligationen? Gött. Diss., 1892, S. 62.

[4]) Runde, Leibzucht II, § 26, Pflüger, Arch. f. civ. Pr. 81, 292ff.

[5]) S. 275.

Dunckers, der unter Berufung auf die Redeweise der Quellen die Reallast als Verpflichtung des Grundstücks, dieses selbst als Schuldner auffaßte, ist Vorgängerin der modernen Realobligationstheorie, die in den Grundpfandrechten und Reallasten klagbare Verpflichtungen des Eigentümers zur Leistung aus der Sache, d. h. ihren Nutzungen und ihrem Verkaufserlös, dingliche Forderungsrechte, eigentümlich durch die beschränkte Haftung des Schuldners erblickt[1]).

Eine vollständige Lösung der Reallastfrage ist aber erst im Lichte der Erkenntnis des das altgermanische und alte deutsche Recht beherrschenden Gegensatzes von Schuld und Haftung möglich. Die Scheidung dieser beiden Begriffe, die durch v. Amira zuerst für das nordgermanische Obligationsrecht nachgewiesen und von Puntschart[2]) auf das mittelalterlich-sächsische Recht ausgedehnt worden ist, dürfte auch über das Wesen der Reallast restlose Aufklärung bringen.

Die Reallast gewährt dem Berechtigten die Befugnis, aus dem belasteten Grundstücke gewisse Nutzungen zu beziehen. Um diese Nutzungen dem Berechtigten zuzuführen, bedarf es der Vornahme gewisser Handlungen. So entspringt dem primären dinglichen Nutzungsrecht des Berechtigten eine sekundäre Verpflichtung des Eigentümers des Grundstücks zur Vornahme gewisser Handlungen, eine Verpflichtung, die wir als dingliche Schuld bezeichnen.

Es wäre denkbar, ohne Annahme einer Leistungspflicht die Reallast als bloßes Recht auf Nutzung und, beim Ausbleiben der Leistungen, auf Verwertung des Grundstücks aufzufassen. Praktisch würde der Unterschied von der vorigen Auffassung kaum hervortreten. Denn in diesem Falle müßte dem Eigentümer freistehen, die zwangsweise Verwertung des Grundstück durch Bewirkung der entsprechenden Leistungen abzuwenden. Die Reallastleistungen würden sich somit als Ausfluß eines dem Eigentümer zustehenden Rechtes, nicht

---

[1]) Meibom in Bekker und Muther J. D. G. R. 4, S. 442 ff., 490, Bähr Kr. V. J. Schr. 30, 518 ff. u. Arch. B. R. 2, 150 ff., Regelsberger Bayr. Hypothekenr. Sohm, in Grünhuts Z. 5, 1 ff., O. Fischer S. 91 ff. u. Preuß. Privatr. §§ 40, 41, Cosack § 221, 241, dieser allerdings schon unter Betonung des in den Grundpfandrechten und Reallasten enthaltenen Dualismus von Schuld und Haftung, Fuchs, Grundbuchr. I, S. 373 ff., Siber Jh. J. 50, 55 ff.

[2]) Schuldvertrag und Treugelöbnis. 1896.

aber einer Pflicht, darstellen. Eine solche Auffassung würde sich mit der volkstümlichen Anschauungsweise, die das entgegengesetzte Verhältnis annimmt und den Eigentümer für verpflichtet, nicht für berechtigt hält, in unnötigen Widerspruch setzen. Man kann aber auch aus dem Grunde nicht umhin, in den Begriff der Reallast eine dingliche Schuld des Eigentümers aufzunehmen, weil den wesentlichen Inhalt der Reallast eben das Verwertungsrecht des Reallastberechtigten, also eine Sachhaftung bildet, diese aber stets eine Schuld voraussetzt. Die Redeweise des Gesetzes, das abweichend von dem Abschnitt über Grund- und Rentenschuld die dort verwendeten Ausdrücke Schuld (Grundschuld §§ 1191 ff., Rentenschuld §§ 1199, 1203) und Gläubiger (§§ 1193, 1197, 1200—1202) vermeidet, bietet allerdings für die Annahme einer Schuld keinen Anhalt. Wohl aber können aus der rechtlichen Behandlung der Grund- und der Rentenschuld, überhaupt der Grundpfandrechte, Schlüsse auf die Reallast gezogen werden. Bei der Grundschuld spricht, abgesehen von der jetzigen Fassung des Gesetzbuches, auch der Umstand für die Annahme einer Schuld des Eigentümers, daß in den Materialien zum BGB. in bezug auf die Grundschuld häufig Worte wie Gläubiger, Verpflichtung und dergl. verwendet werden, wonach die Redaktoren des Gesetzes offenbar von der Annahme einer in dem Rechtsverhältnis enthaltenen Verpflichtung ausgegangen sind[1]). Von der Grundschuld ist die Reallast aber nur durch die Art der Leistungen — dort Geldleistungen, hier eine bunte Mannigfaltigkeit von Leistungen — unterschieden, während sie ihr im übrigen wesensgleich ist. Wenn daher z. B. in § 592 CPO. für Ansprüche aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder Rentenschuld der Urkundenprozeß für zulässig erklärt wird, so hat ein gleiches auch für die Reallast zu gelten, obwohl sie in § 592 nicht ausdrücklich genannt wird. Soweit sie Geld oder andere vertretbare Sachen oder Wertpapiere zum Inhalt hat, ist für Ansprüche aus ihr diese Prozeßform zulässig[2]). Entsprechendes gilt von den Bestimmungen der §§ 688, Abs. 1

[1]) Vergl. Mot. III. S. 610 (obligatorischer Grund); 713 (obligatorische causa) Entw. I § 1003, 3 (Grundstück haftet für Zinsenverpflichtung), dazu Puntschart, Grundschuld S. 16—34.

[2]) Seuff. Erl. 2η § 592, Gaupp-Stein Erl. III § 592, auch Prot. 3, 767.

(Zulässigkeit des Mahnverfahrens) und 794 Nr. 5 (Zulässigkeit der Vollstreckung aus guarantigiierten Urkunden). Die den Eigentümer treffende dingliche Schuld ist von der einem persönlichen Schuldverhältnis entspringendem ihrem Wesen nach nicht verschieden. Es ist nicht möglich, wie es die Theorie der Realobligation will, zwischen persönlicher Schuld und Schuld des Eigentümers als solchen zu unterscheiden[1]), vielmehr ergreift die Pfandschuld die gesamte Persönlichkeit. Daß alsdann die Realisierung der Pfandschuld in dem Tauschwert des Grundstücks ihre Grenze findet, spricht nicht für eine Beschränkung der Schuld, sondern erklärt sich damit, daß sich die Haftung für die Schuld auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt. Denn die Pfandklage und -vollstreckung ist nicht Ausfluß der Schuld, sondern der Haftung und richtet sich nicht gegen den Eigentümer als Schuldner, sondern weil er Inhaber des von der Vollstreckung in erster Reihe betroffenen Rechtes ist. Deshalb lautet auch die korrekte Fassung von Antrag und Urteilstenor auf „Duldung der Zwangsvollstreckung" oder „Feststellung der Vollstreckbarkeit des Anspruchs in das Grundstück"[2]). Eine Folge dieser Wesensgleichheit der Pfandschuld und der persönlichen Schuld ist, daß die für letztere geltende rechtliche Regelung unverändert auf jene anzuwenden ist[3]). Die Eigenart der Pfandschuld beschränkt sich auf ihre Verknüpfung mit einem Grundstücke und die dadurch bedingte Art und Weise ihrer Entstehung, Übertragung und Endigung. Keine Besonderheit der Pfandschuld wird z. B. durch die Bestimmung des § 26 CPO. herbeigeführt, der für die Reallastklage aus § 1108 das forum rei sitae zuläßt. Die Klage ist Ausfluß der Haftung, aus deren dinglichem Charakter sich § 26 erklärt. Ebensowenig ändert hieran der Umstand, daß der Gläubiger bei Grundpfandrechten und Reallasten dem nicht persönlich obligierten Eigentümer gegenüber nicht aufrechnen kann. Die vom Gläubiger ausgehende Aufrechnung stellt sich dar als eine außergerichtliche Geltendmachung der persönlichen

---

[1]) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903, §§ 20—24 nimmt bei der gegenständlich beschränkten Haftung des Erben, Schiffreeders, Bürgen mit der Haftung im Umfange übereinstimmende „Schulden" an.

[2]) Vergl. Dümchen Jh. Jahrb. 54, S. 414.

[3]) Hierüber Dümchen S. 430ff., Mot. III, S. 780.

Haftung durch Zugriff auf eine dem Schuldner zustehende Forderung, sie ist also unzulässig bei reiner Sachhaftung[1]).

Trotzdem bleibt die Schuld innerhalb des Gebietes des Sachenrechts, bleibt die Reallast ein einheitlich dingliches Rechtsgebilde. Dies darf nicht deshalb bestritten werden, weil die Schuld sich gegen den Eigentümer richtet, da ja alle begrenzten dinglichen Rechte sich unbeschadet ihrer dinglichen Natur zunächst und in besonderer Weise gegen den Eigentümer richten[2]). Ebensowenig darf, wie es von den Vertretern der sogenannten gemischten Theorie geschieht, entgegengehalten werden, der Auffassung der Leistungspflicht als dinglichen Ausflusses eines dinglichen Rechts widerspreche der dem römischen und auch heutigen Rechte zweifellos zugrunde liegende Satz ius in re in faciendo consistere nequit[3]) von dem das bekannte servitus in faciendo consistere nequit nur eine Spezialregel ist. Allerdings wird der Inhalt der dinglichen Rechte in erster Linie durch Unterlassungs- bezw. Duldungspflichten aller Rechtsgenossen, welche in den dem Berechtigten abgegrenzten Machtbereich gelangen, gebildet[4]). Die frühere unbefangene Auffassung des dinglichen Rechts als einer unmittelbaren Beziehung zu Sachen, als einer Gewaltunterworfenheit derselben, eine Anschauung, die mit dürren Worten noch von den Motiven („Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache") ausgesprochen wird[5]), hat der Einsicht weichen müssen, daß das Recht „als eine von der Rechtsordnung verliehene Willensherrschaft"[6]) sich „mit ihren Imperativen lediglich an Menschen wendet". Die dinglichen Rechte sind dieser Auffassung gemäß eine Art der absoluten Rechte, die sich von den übrigen absoluten Rechten nur darin unterscheiden, daß ihr Gegenstand eine Sache ist[7]), von den persönlichen darin, daß diese nur an

[1]) Dernburg BR. 3, 739, Biermann, Sachenrecht 1903, § 1142, Oberneck S. 632, Anm. 4. Fuchs Grundbuchrecht § 1142,3b Prot. 4,602ff. Dümchen S. 379.

[2]) Gierke II, S. 856 n. 22.

[3]) Mann, S. 3.

[4]) Gierke II, S. 285 n. 5. In dieser Beschränkung verliert der „Anspruch gegen jedermann" das Seltsame, das den bekannten Spott Kohlers in Grünh. Z. 14, S. 6 herausgefordert hat.

[5]) Mot. III, S. 2.

[6]) Windscheid-Kipp I, S. 9.

[7]) Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 266 n. 2.

bestimmte einzelne sich wenden, diesen ein Tun oder Unterlassen gebieten, während das dingliche als ein absolutes Recht bereits ein komplizierter Begriff, nämlich die „Summe der an eine unbestimmte Vielheit ergangene Verbote“ ist[1]). Mit dieser Atomisierung der dinglichen Rechte soll aber keineswegs die Verschiedenheit der dinglichen und persönlichen Rechte in Frage gestellt werden, vielmehr wird stets „die Unterscheidung zwischen der einen und der anderen Art die Grundlage jeder gesunden Jurisprudenz“ bleiben[2]).

Unter gewissen Umständen ist es aber möglich, daß eine oder die andere der das dingliche Recht bildenden Duldungspflichten einer bestimmten Person gegenüber sich zu einer auf positive Leistungen dieser Person gerichteten Verbindlichkeit verdichtet. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn eine Sache in den Besitz eines Dritten gelangt, womit der sonstige Anspruch auf Duldung der Wegnahme (§ 867, 1005) sich in einen vindikatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache (vor allem §§ 985, 1007) intensivisiert. Daher behauptet Zitelmann[3]) geradezu, daß die Herausgabepflicht nichts anderes wie die jedem Rechtsgenossen auferlegte Duldungspflicht sei — jedenfalls besteht zwischen beiden der gekennzeichnete innere Zusammenhang. Ebenso liegt bei der Reallast primär ein Recht gegen jedermann vor. Dieses Recht beruht auf der allgemeinen Verpflichtung zu dulden, daß der Berechtigte aus dem Grundstücke wiederkehrende Leistungen beziehe, es wird geschützt durch die bereits erwähnte[4]) Klage auf Unterlassung von Einwirkungen, welche seine Sicherheit gefährden. Diese allgemeine Duldungspflicht verstärkt sich aber bei der Reallast dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber zu einer Verpflichtung zu positiven Leistungen, zu einer dinglichen Schuld, ganz analog der Pflicht zur Herausgabe von seiten des Besitzers an den Eigentümer.

Eine dingliche Schuld begründet nicht nur die Reallast im ganzen, auch hinsichtlich der einzelnen Leistungen entsteht im Augenblicke ihrer Fälligkeit eine gleichartige Schuld. Zu ihr tritt als wesentliches Moment der Reallast eine dingliche

---

[1]) Lehmann, S. 15.
[2]) Vgl. Windscheid: Aktio, S. 20.
[3]) Int. Privatr. II, 234.
[4]) oben § 3.

Haftung. Und zwar ist sowohl das Recht im ganzen als auch die einzelne Leistung pfandartig gesichert, das Recht im ganzen allerdings nur durch eine subsidiäre Haftung, die in Ausnahmefällen, bei Zwangsversteigerung und Enteignung, in Erscheinung tritt. Weiterhin bestimmt § 1108 BGB.: Der Eigentümer haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich, soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Im Gegensatz zu Entwurf I, der die persönliche Haftung zum essentialen Bestandteil der Reallast erhoben hatte, ist nach dem BGB. die persönliche Haftung nur naturale negotii, sie kann durch entgegenstehende Abmachung ausgeschlossen werden, sodaß alsdann für die Einzelleistungen nur das Grundstück haftet. Es tritt also im Zweifel zu der dinglichen eine persönliche Haftung des Eigentümers für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen hinzu. Man könnte hierin eine bloße bürgenähnliche Haftung des Eigentümers erblicken, jedoch ist es gerechtfertigt und entspricht es zweifellos mehr den volkstümlichen Rechtsanschauungen, dieser Haftung eine selbständige Leistungspflicht zugrunde zu legen. Alsdann tritt der Reallast ein forderungsrechtlicher Inhalt hinzu, der aber nur abgeleiteter und nebensächlicher Bestandteil[1]) bleibt, ja überhaupt vollständig fehlen kann, während den Kern des Rechts dessen dinglicher Bestandteil bildet. Es liegt alsdann das umgekehrte Verhältnis vor, wie bei Bestellung eines Pfandrechts für eine obligatorische Schuld, bei der zu der primären persönlichen eine accessorische Sachhaftung hinzutritt. Eine Analogie findet diese Erscheinung im alten deutschen Rechte, in dem die persönliche Haftung nur als eine unwesentliche Verstärkung der Gläubigerrechte hinzutrat. Stand ja dieses unter dem Grundsatze, daß insofern der Gläubiger sich Sachhaftung bestellen ließ, auch bei obligatorischen Schulden die persönliche Haftung entfiel und, eine solche zu begründen, es erst einer besonderen Vereinbarung bedurfte. Die Glosse zum Sachsenspiegel hebt dies als Abweichung vom „Institutionenrecht" besonders hervor[2]).

[1]) Jedenfalls ist die persönliche Haftung aber Bestandteil des in seiner Gesamtheit dinglichen Rechts, weshalb ihr Ausschluß der Einigung und Eintragung bedarf. (Gierke, S. 725, Planck, Bem. 3, Neumann, Bem. 3, Oberneck, § 10 4Z2, A. M. Fuchs 3, Biermann, Kober, Bem. 1a.

[2]) Vgl. oben § 7.

Aus dem Begriff der dinglichen Schuld und der Haftung des Grundstücks für die einzelnen Leistungen folgt der Grundsatz der Haftung des Grundstücks für rückständige Leistungen, die dem älteren deutschen Recht zugrunde liegt[1]) und auch in der neueren Gesetzgebung überwiegend festgehalten worden ist, für das BGB. sich aus § 1107 ergibt. Aus der dinglichen Natur der Reallast erklärt sich auch die rechtliche Behandlung, die man ihr angedeihen ließ. Ihre Begründung und Übertragung erfolgte durchweg in den Formen des Liegenschaftsverkehrs, von jeher wurde an ihnen eine Gewere anerkannt und geschützt[2]). Mit dieser Tatsache hatte auch das rezipierte Recht zu rechnen, obwohl dieses nur Schutzmittel für den Besitz körperlicher Sachen und einzelner Servituten kannte; unter Ausdehnung des Quasibesitzes auf die Reallasten gewährte es:

a) die a. spolii zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes,

b) das int. uti possidetis bei bloßer Störung.

Als petitorische Klage diente die a. confessoria utilis, welche sowohl

a) auf Anerkennung der gesamten Reallastberechtigung,

b) als auch auf Bewirkung der fälligen Reichnisse

gerichtet wird[3]).

Nach heutigem Recht erfolgt die Realisierung der Reallast im Wege der Zwangsvollstreckung ins Grundstück, also entweder durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Da diese Vollstreckungsart nur eine Befriedigung des Gläubigers in Geld kennt, wird bei Leistungen, die nicht in Geld bestehen, eine Umwandlung der ursprünglichen Schuld in eine Geldschuld vorausgesetzt. Beim Vorhandensein einer persönlichen Haftung tritt die Vollstreckungsart der §§ 704ff. CPO. hinzu, die es ermöglicht, auch andere als Geldleistungen in natura beizutreiben.

c) **Beurteilung der Frage nach dem BGB.**

§ 11.

Die Behandlung der Reallast in den Materialien zum BGB.

Dem Zuge der Zeit folgend, haben auch die Redaktoren des BGB. anfänglich eine den Reallasten feindliche Haltung

---

[1]) Vgl. Gierke II, S. 724.

[2]) Duncker: Quasibesitz in Zeitschr. f. d. R., II, 2, S. 35, 39ff.

[3]) Gengler, S. 282.

angenommen. Wie in dem Redaktionsentwurf des Sachenrechts von Johow mitgeteilt wird[1]), hat die Kommission in der Sitzung vom 22. September 1874 ihrer späteren Entscheidung bei Beratung des Sachenrechts die Frage vorbehalten, „ob die Reallasten ganz oder teilweise zu beseitigen, eventl. ob und inwieweit dieselben in dem BGB. zu ordnen oder die Ordnung der Landesgesetzgebung zu überlassen sei." Der Grund für dieses reservierte Verhalten war die Erkenntnis der Tatsache, daß während für die Zulassung anderer begrenzter Rechte neben dem grundsätzlich nicht zu beschränkenden Eigentum gesetzgeberische Beweggründe sprechen, dies bei den Reallasten nicht der Fall ist. Beispielsweise vermag durch das Grundpfandrecht der kreditbedürftige Eigentümer sich Kredit zu verschaffen, bei den Grunddienstbarkeiten wird die Einbuße, welche die Einzelwirtschaft des belasteten Grundstücks erleidet, von der entsprechenden Steigerung der Produktivität des berechtigten Grundstücks überwogen, sodaß die Volkswirtschaft einen Vorteil erreicht, der bei starrem Festhalten an der Unbeschränkbarkeit des Eigentums nicht erlangt werden könnte; die Reallast dagegen gibt bestenfalls dem einen nur, was sie dem andern nimmt, sie kann in gewissen Gestaltungen geradezu kulturfeindlich wirken (vergl. z. B. das Wort: „Der Zehnte ist eine Prämie der Trägheit"). Trotzdem ist die Reallast in den Redaktionsentwurf (§§ 355—366) aufgenommen worden und auch bei der Beratung des Sachenrechtsentwurfs „bestand Einverständnis darüber, daß das Rechtsinstitut der Reallast nicht einfach zu übergehen sei"[2]). Von den hier interessierenden §§ lautete:

Der § 355, Abs. 1: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine Person von dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks bestimmte wiederkehrende Leistungen zu fordern hat und befugt ist, im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ihre Befriedigung aus demselben zu suchen (Reallast)."

§ 356: „Als Gegenstand der Reallast ist statthaft die periodisch wiederkehrende Bezahlung einer dem Betrage nach fest bestimmten Geldsumme. Die Landesgesetzgebungen sind nicht behindert, auch Reallasten mit anderen Leistungs-

[1]) S. 1375.

[2]) Prot. der I. Komm. S. 4387.

gegenständen oder mit solchen Geldbeträgen zuzulassen, welche sich nach dem jeweiligen Preise anderer Leistungsgegenstände, z. B. Getreide, bestimmen".

In § 356 war demnach eine Regelung des Inhalts, den Reallasten haben konnten, getroffen. Das Ergebnis der Kommissionsberatung war jedoch der Beschluß, § 356 zu streichen, und über den Inhalt von Reallasten überhaupt keine Bestimmungen zu treffen. Bezüglich des § 355 interessiert vor allem der in der Kommission gestellte Antrag, statt „Leistungen" „in einem Tun bestehende Leistungen" in den Wortlaut des § 355 einzufügen und der darauf erfolgte Beschluß, einen erläuternden Zusatz aufzunehmen „die Leistung kann nicht in einem Unterlassen bestehen." Man war sich bewußt geworden[1]), daß nach § 205 K. E. die Leistung in einem Tun oder Unterlassen bestehen könne: „Lasse man zu, daß eine Leistungspflicht, die auf ein Unterlassen gerichtet ist, einem Grundstück als Reallast auferlegt werden kann, so gestatte man, daß in der Gestalt einer Reallast ein Recht begründet werde, das den gleichen Inhalt habe, wie eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit." Im übrigen wurde die Hoffnung ausgesprochen, „es lasse sich vielleicht schon aus den »allgemeinen Rechtsgrundsätzen« die Folgerung herleiten, daß die für die Bestellung der Dienstbarkeiten festgesetzten Grenzen nicht dadurch überschritten werden können, daß der Dienstbarkeit von den Beteiligten die Gestaltung der Reallast gegeben wird"[2]).

Nach Ausweis der Gutachten[3]) fand der § 1052[4]) in Anbetracht der Fassung des § 206 (heute 241) die Billigung der Kritik, gegen ihn polemisierte nur Fischer, der den § 1052 durch die von ihm angeregte Einschränkung des Leistungsbegriffes auf positive Leistungen in Fortfall gebracht wissen wollte.

Von den Verhandlungen der Kommission für die zweite Lesung interessiert für den vorliegenden Zweck nur die Regelung der §§ 1051, 1052. Bezüglich des ersteren § war beantragt, aus volkswirtschaftlichen Gründen wieder eine Beschränkung

---

[1]) Prot. der I. Komm. S. 4843.
[2]) Motive III. 585.
[3]) Gutachten III. S. 267.
[4]) „Die Leistung kann nicht in einem Unterlassen bestehen."

des zulässigen Inhalts vorzunehmen und zwar in der Weise (Antrag 2 a), daß außer der Leibrente und dem Auszug nur eine in Geld oder Getreide bestehende Rente zugelassen und nur die letzten beiden Arten von Reallasten als subjektiv-dingliche sollten bestellt werden können. Antrag 4 wollte die Fronden ausschließen und analog den Grunddienstbarkeiten subjektiv-dingliche Reallasten nur zulassen, wenn und insoweit die Leistung für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil oder Annehmlichkeit bietet. Beide Anträge wurden jedoch abgelehnt, indem die Kommission sich von der Ansicht leiten ließ, daß in Anbetracht der großen Mannigfaltigkeit gerade der Agrarverhältnisse in den einzelnen Gebieten Deutschlands auf eine einheitliche Regelung der Materie verzichtet werden müsse. Es wurde daher an dem Standpunkte des Entwurfs I festgehalten und die Regelung des zulässigen Inhalts der Landesgesetzgebung vorbehalten[1]). Der § 1052 wurde dagegen gestrichen, jedoch mit verschiedener Begründung[2]). Auf der einen Seite wurde der § 1052 für selbstverständlich und entbehrlich gehalten. „Daraus, daß der Inhalt der Reallast nach § 1051 in »wiederkehrenden« Leistungen bestehe, ergebe sich von selbst, daß diese Leistungen nicht in einem Unterlassen bestehen könnten. Dies werde vollends außer Zweifel gestellt, wenn der Inhalt der Reallast dahin bezeichnet werde, daß aus dem belasteten Grundstücke wiederkehrende Leistungen zu entrichten seien; davon könne bei einem Unterlassen nicht die Rede sein.“ Eine zweite Ansicht ließ sich dagegen bei der Entscheidung über die Streichung des § 1052 von der Erwägung leiten, daß von dem Prinzipe, die Regelung des Inhalts der Reallast der Landesgesetzgebung zu überlassen, ohne Not nicht abzuweichen und auch bezüglich negativer Reallasten der Landesgesetzgebung freie Hand zu lassen sei.

§ 12. **Der Reallastbegriff des BGB.**

Es läßt sich demnach aus der Entstehungsgeschichte des BGB. kein Anhalt für die Beurteilung der Frage nach der Zulässigkeit negativer Reallasten gewinnen. In richtiger Erkenntnis dieser Tatsache wird daher auch regelmäßig von dem im BGB.

[1]) Motive III. 579.
[2]) Prot. III. S. 734.

festgestellten Begriff der Reallast ausgegangen und alsdann untersucht, inwieweit sich mit diesem Reallastbegriff ein negativer Inhalt verträgt. Die Legaldefinition der Reallast in § 1105 lautet: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind (Reallast)". Jedes einzelne Element dieser Definition wird bei der Entscheidung unserer Frage zu berücksichtigen sein.

§ 13. **Der Leistungsbegriff des BGB.**

Es ist bereits erwähnt worden[1]), daß eine Reihe Autoren unter den „Leistungen" des § 1105 ohne weiteres nur positive Leistungen verstanden wissen wollen. Meines Erachtens spielen bei dieser Ansicht zwei Momente mit, die historische Tatsache, daß als Inhalt von Reallasten bei dem wissenschaftlichen Streit um die Rechtsnatur der Reallast durchweg nur positive Leistungen Gegenstand der Erörterung gewesen sind, und die Rücksicht auf den Sprachgebrauch, der unter „Leistung" die Unterlassung zweifellos nicht mit umfaßt. Aus letzterem Grunde hat schon Hartmann[2]) sich gegen die Subsumierung der Unterlassung unter den Leistungsbegriff ausgesprochen, wenn er darauf hinweist, daß das Wort Leistung streng genommen „das Moment eines Geschehens", „ein Positives" in sich schließe. Als dann auch der Entwurf I um der Einheit des Obligationsgegenstandes willen Tun und Lassen unter den Obergriff der Leistung brachte, wandte sich hiergegen insbesondere Fischer[3]), der aus sprachlichen und Gründen der Systematik gegen den Standpunkt des Entwurfs Verwahrung einlegte. Was den ersten Einwand anbetrifft, so ist derselbe in doppelter Hinsicht zutreffend, indem die Bezeichnung der Unterlassung als Leistung sowohl gegen den Sprachgebrauch des Lebens als auch gegen die Ausdrucksweise des Gesetzbuches verstößt, dessen Vorschriften ihrem Wortlaut nach allerdings im allgemeinen „nur auf obligationes ad dandum et faciendum zugeschnitten sind[4])".

---

[1]) § 2.

[2]) Hartmann, die Obligation 1875, S. 118 n. 2.

[3]) Recht und Rechtschutz, S. 79.

[4]) Fischer a. a. O. S. 82.

Dagegen dürften die seither vorgenommenen Untersuchungen den Nachweis erbracht haben, daß die Aufstellung des bekämpften Leistungsbegriffes in systematischer Hinsicht kein Mißgriff gewesen ist. Unser Verfahren bei Anwendung der fast durchweg in erster Linie auf positive Leistungen berechneten Vorschriften des Gesetzbuches auf Unterlassungen wird darin bestehen müssen, den der betr. Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken zu konstatieren und alsdann zu versuchen, inwiefern dieser Grundgedanke, evtl. entsprechend modifiziert, sich auf die Unterlassung anwenden läßt. Und da zeigt sich denn, daß die Parallele zwischen Unterlassungen und positiven Leistungen sich viel weiter verfolgen läßt, als dies auf den ersten Blick den Anschein hat. — Unzutreffend ist z. B. die Behauptung Labands[1]), die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 (im Entwurf I, § 233) sei bezüglich der in einem Unterlassen bestehenden Leistungen unmöglich. Die Retention könne in diesem Falle doch nur darin bestehen, daß der Schuldner „eine Unterlassung unterläßt, d. h. im Widerspruch mit seinem Versprechen etwas tut." Dies könne man sich aber „ohne die spitzfindigste Abstraktion" nicht als Retention vorstellen. Ein Beispiel wird zeigen, daß dies nicht zutrifft. Es erteilt jemand Klavierunterricht und zwar, da er tagsüber beschäftigt ist, in den Abendstunden. Sein Nachbar verpflichtet ihn, davon abzustehen, gegen das Versprechen, den entgehenden Gewinn zu ersetzen. Sobald der Nachbar mit der Zahlung im Rückstande bleibt, kann der Vertragsgegner, um keinen Ausfall zu erleiden, in der Erteilung von Klavierunterricht fortfahren: eine regelrechte Retention. Das Retentionsrecht des BGB. ist eben von weiterem Umfange, als das gemeinrechtliche, demzufolge nur „Detiniertes retiniert" werden konnte.

Nicht mehr aufrecht erhalten läßt sich wohl weiterhin die Behauptung[2]), daß von einer Unmöglichkeit der Unterlassung nicht gesprochen werden dürfe. Die Unmöglichkeit bedeutet bei einer Unterlassung die Tatsache, daß die den Leistungsgegenstand bildende Unterlassung nicht stattfinden kann. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß die Unmöglichkeit der Unterlassung als Notwendigkeit der Zuwiderhandlung in Er-

[1]) Archiv. f. d. civ. Pr. 73, S. 191.
[2]) Fischer, S. 82.

scheinung treten müsse. Diese Formulierung Wendts[1]) ist zu eng, da sie den Fall der Unmöglichkeit der Unterlassung wegen Unmöglichkeit der zu unterlassenden Handlung nicht umfaßt [z. B. Schuldner verspricht, sich in der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft der Stimmabgabe bei Wahlen zu enthalten; die Versammlung fällt aber aus[2])]. Die Unmöglichkeit der Unterlassung ist nicht die Notwendigkeit, das der Unterlassung Entgegengesetzte zu tun, sondern sich anders zu verhalten. Fälle der Unmöglichkeit der Unterlassung sind demnach[3]):

1) Die natürliche Unmöglichkeit, wenn die zu unterlassende Handlung schon aus natürlichen Gründen ausgeschlossen ist.
2) Die Fälle der Unmöglichkeit wegen Notwendigkeit einer überobligationsmäßigen Kraftanstrengung.

Wendt[4]) spricht hier schlechthin von einer Notwendigkeit der Zuwiderhandlung, verkennt aber nicht, daß von einer eigentlichen Notwendigkeit bei menschlichen Handlungen, selbst bei Erfüllung von Lebensbedürfnissen, nicht die Rede sein könne. Obige Formulierung hat daher den Vorzug größerer Schärfe. Denn neben den Momenten des Gegenstandes, des Orts, der Zeit, gehört auch ein gewisses, durch die Regeln von Treu und Glauben bemessenes Quantum von Kraftanstrengung zum Inhalt der Obligation[5]). Sowie dies Quantum zur Erreichung des von der Obligation bezweckten Erfolges nicht ausreicht, ist die Leistung unmöglich. Dies ist z. B. der Fall, wenn mit der Beobachtung der Unterlassungspflicht ein unverhältnismäßiger Schade verbunden wäre, oder wenn der Schuldner sein Versprechen im Falle der Notwehr, des Notstands, der Selbsthilfe bricht[6]).

Dagegen kann bei Unterlassungen nicht zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen unterschieden werden, da Unterlassungen stets unfungible Leistungen sind und mit einem

---

[1]) Wendt, Arch. f. civ. Pr. 92, S. 54.
[2]) Bei Lehmann, S. 237,
[3]) Vgl. Lehmann a. a. O.
[4]) Vgl. Wendt S. 54.
[5]) Vgl. Kleinerdam, Unmöglichkeit und Unvermögen 1900, S. 15.
[6]) Lehmann, S. 241.

Unvermögen des Schuldners zugleich die allgemeine Unmöglichkeit gegeben ist. Ebenso wie von Unmöglichkeit der Unterlassung darf man m. E. trotz der Strittigkeit dieses Punktes[1]) von einem Leistungsverzuge mit der Unterlassung, allerdings nur innerhalb eines recht beschränkten Rahmens, gesprochen werden. Verzug ist z. B. in dem von Stammler[2]) angeführten Beispiel möglich, wenn etwa ein Schlossermeister einem Gelehrten gegenüber sich verpflichtet, täglich von 5–7 Uhr sein lärmendes Gewerbe ruhen zu lassen und die Zeit nicht derart fest bestimmt ist, daß eine Ausdehnung der Ruhepause über 7 Uhr hinaus den Gelehrten für einen späteren Beginn der Pause nicht mehr entschädigen könnte. Wenn in solchem Falle der Handwerker bis um 5½ Uhr forthämmert, dem Gelehrten aber durch eine Nachholung dieser halben Stunde in der Zeit von 7—7½ noch gedient ist, so liegt Leistungsverzug seitens des Handwerkers vor, wenn die Zuwiderhandlung keine notwendige war, oder zwar eine notwendige war, die Notwendigkeit derselben aber infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes eingetreten ist[3]). Von der totalen Unmöglichkeit unterscheidet sich der Verzug durch die Nachholbarkeit der Leistung, von der teilweisen Unmöglichkeit hinsichtlich der Zeit allerdings nur dadurch, daß bei dieser spätestens zu Beginn des Unterlassungszeitraumes die Unmöglichkeit feststeht, während eines Teiles des Unterlassungszeitraumes der Unterlassungspflicht nachzukommen und daß diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten ist.

Dagegen ist ein Annahmeverzug bei Unterlassungen nicht denkbar, da bei diesen eine Mitwirkung des Gläubigers zum Zustandekommen der Erfüllung nicht erfordert wird[4]). Aus dem Umstande, daß die Unterlassung mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpft ist, folgt die Unmöglichkeit, daß ein dritter anstatt des Schuldners die Leistung bewirkt. Aus demselben Umstande folgt auch die Unanwendbarkeit des § 278 BGB.[5]). Ebenso sind für die Unterlassung Hinterlegung und Aufrechnung als Erlöschensgründe nicht praktisch und

[1]) Dagegen die herrschende Meinung, Lehmann, S. 262.
[2]) Recht der Schuldverhältnisse. 1897. S. 145.
[3]) Vgl. Lehmann, S. 266.
[4]) Paasche, S. 59.
[5]) Vgl. J. W. 1906, S. 355, Nr. 11.

kommen von den im Gesetz geregelten Erlöschensgründen für die Unterlassung nur Erfüllung und Hingabe an Erfüllungsstatt in Betracht[1]).

Eine weitere Eigentümlichkeit der negativen Leistung ist, daß ihre Erfüllung örtlich nicht so genau bestimmt ist, wie dies bei der positiven Leistung geschieht, die zu meidende Handlung vielmehr regelmäßig überall in einem größeren Gebiet zu unterlassen ist[2]). Richtiger Ansicht nach dürfte die Unterlassung weiterhin stets unteilbar sein[3]), da es bei ihr nicht möglich ist, durch mehrere gleichartige, neben- oder nacheinander vorzunehmende Leistungen den ganzen Erfolg zu erzielen, woraus sich die Unanwendbarkeit aller Regeln ergibt, die beim Vorhandensein mehrerer Schuldner oder Gläubiger im Falle einer teilbaren Leistung gegeben sind[4]). Desgleichen sind die §§ 431, 421—426 BGB., die das Verhältnis mehrerer Schuldner mit Rücksicht auf die Unteilbarkeit der Leistung ausgestalten, nicht anwendbar. Ebenso hat § 432 (Mehrheit der Gläubiger) für Unterlassungsleistungen keine praktische Bedeutung[5]).

Obwohl demnach die Parallele zwischen positiven und negativen Leistungen — es scheiden natürlich die Fälle aus, in denen das Gesetz ausdrücklich beide verschieden regelt (z. B. § 198, S. 2) — keineswegs ausnahmslos durchführbar ist, so ist es damit doch noch nicht gerechtfertigt, die Mitunterstellung der Unterlassung unter den Leistungsbegriff als verfehlt zu bezeichnen[6]). Ja es mag nicht unerwähnt bleiben, daß in einem Falle eine mehrfach vertretene Ansicht dem BGB. geradezu einen Vorwurf daraus macht, daß es von seinem Grundsatze der Gleichstellung der positiven und negativen Leistungen abgewichen ist.

§ 339 bestimmt: Verspricht der Schuldner eine Vertragsstrafe, „so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt

---

[1]) Lehmann, S. 214 f.
[2]) Lehmann, S. 177 ff.
[3]) A. M. Windscheid-Kipp II, S. 16.
[4]) Lehmann, S. 313.
[5]) Lehmann, S. 318.
[6]) So Pagenkemper, insbes. S. 60.

die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein." Während also bei positiven Leistungen die Vertragsstrafe erst mit dem Verzuge verwirkt ist und der Schuldner sich exkulpieren kann, im Falle, daß die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt, wird bei den negativen Leistungen die Verwirkung an die rein objektive Tatsache der Zuwiderhandlung geknüpft. Daß diese Regelung unbefriedigend ist, wurde schon in den Kommissionsverhandlungen hervorgehoben[1]) unter besonderem Hinweis auf die vererbliche Unterlassungsverbindlichkeit, bei der die Vertragsstrafe durch unverschuldetes Zuwiderhandeln des nicht informierten Erben verwirkt werde. Ebenso unbefriedigend ist die Entscheidung, zu welcher § 339 in dem von Cosack und Eck[2]) angeführten Beispiel von dem Fabrikarbeiter, dem durch Bedrohung mit einem Revolver ein Fabrikgeheimnis abgepreßt wird, drängt, der Entscheidung nämlich, daß durch die Zuwiderhandlung, obwohl sie auf einem durch Nötigung herbeigeführten Willensentschluß beruht, die vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt wird. Um diesen Konsequenzen zu entgehen, suchen Leonhard und Titze[3]), noch weitergehend Kuhlenbeck[4]) diese anomale Gesetzesbestimmung zu paralysieren durch die Auffassung, der Ausdruck „Zuwiderhandlung" in § 339 sei nur zur Vermeidung der sprachlich anstößigen Bezeichnung der Zuwiderhandlung als Verzug verwendet. Diese Interpretation widerspricht jedoch dem Wortlaute des Gesetzes, das von Zuwiderhandlung schlechthin (nicht von verschuldeter Zuwiderhandlung) spricht, und der in den Materialien zutage tretenden ratio legis[5]). Die Materialien begründen die abweichende Behandlung der Unterlassung nämlich damit, daß beim Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung eine Garantieübernahme seitens des Schuldners beabsichtigt werde. Trotzdem liegt m. E. in dieser Regelung eine Benachteiligung des Schuldners, die auch keineswegs gerechtfertigt wird durch durch die Bemerkung der Protokolle, dem Gläubiger dürfe sein Recht nicht verkürzt werden dadurch, daß man den Schuldner

[1]) Motive II, 278; Prot. I, 779, 780.

[2]) Cosack, Lehrbuch des BR. 1900, I., 335, Eck I, 331.

[3]) bei Eck, S. 331 n. 4, Titze, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, S. 103

[4]) Anm. 2 zu § 339.

[5]) Mot. II, 278; Prot. I, 779/780.

nur im Falle des Verschuldens haften lasse. Dies ließe sich doch bei jeder Leistungspflicht sagen[1]).

Mit dieser kurzen Durchprüfung der in erster Linie zweifellos auf positive Leistungen berechneten Vorschriften des BGB. hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf Unterlassungen sei unsere rückhaltlose Billigung des Leistungsbegriffes des BGB. gerechtfertigt. Erwähnt mag noch werden, daß wenn das BGB. seinen jetzigen umfassenden Leistungsbegriff nicht aufgestellt hätte, es die Unterlassung entweder speziell regeln oder überhaupt hätte unbehandelt lassen müssen. Im ersten Falle wäre mit einem größeren Aufwande an Mitteln der gleiche Erfolg erzielt worden, den die vom BGB. befolgte Gesetzestechnik erbracht hat, im zweiten Fall würde man im Wege der Analogie zu denselben Ergebnissen gelangen, wie jetzt, bei positiver Regelung der Unterlassung. Daß aber eine noch so unvollkommene gesetzliche Regelung einem Zustande vorzuziehen ist, in dem man einzig auf den Notbehelf der Analogie angewiesen ist, dürfte unzweifelhaft sein. Es ist demnach nicht die Konsequenz einer schiefen juristischen Konstruktion, wenn unter den „Leistungen" des § 1105 auch Unterlassungen als Inhalt der Reallast in Betracht kommen.

Von einer anderen Seite her wird aber der den §§ 1105ff. zugrunde liegende Leistungsbegriff einzuengen sein. Denn während im Recht der Schuldverhältnisse jedes rechtlich erhebliche Interesse des Gläubigers, also auch ein ideales, zum Gegenstande einer Obligation befähigt ist, müssen Leistungen, die Inhalt einer Reallast sein sollen, einen materiellen, in Geld auszudrückenden Wert haben. Dies ergibt nicht nur die Einrichtung und Aufgabe des Grundbuchs, das nur für geldwerte Belastungen bestimmt ist, sondern auch die Eigenschaft der Immobiliarvollstreckung, lediglich zu einer Befriedigung in Geld zu führen, im Gegensatz zu §§ 888—892 CPO., die für Obligationen eine Vollstreckungsart gewähren, durch die auch nicht vermögensrechtliche Leistungen erzwungen werden können. Unterlassungen, die nur der Bequemlichkeit des Berechtigten dienen oder ein ideales Bedürfnis desselben befriedigen (z. B. Verpflichtung, an bestimmten hohen Festtagen im Nachbar-

---

[1]) Rogowski, Die Zuwiderhandlung gegen Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen. Leipz. Diss., 1907, S. 64.

hause keine geräuschvollen Festlichkeiten zn veranstalten) können demnach als in Inhalt von Reallasten nicht in Betracht kommen.

§ 14. Wiederkehrende Leistungen.

Biermann und Cosack[1]) gelangen zur Verneinung negativer Reallasten, indem sie bei Unterlassungen das Erfordernis der Wiederkehr der Leistungen vermissen. Hiermit wird ein Einwand wiederholt, der schon bei den Kommissionsberatungen über § 1052 ff. E. I geäußert wurde[2]).

In der Praxis ist an dem Erfordernis der Wiederkehr der Leistungen nur in dem Sinne festgehalten worden, daß einmalige, nicht aber auch, daß fortdauernde Leistungen unzulässiger Inhalt einer Reallast sein sollten. So hat das Oberste LG. Bayern das Recht mehrerer Hausbesitzer auf Speisung ihrer Privatbrunnen durch die Wasserleitung der verklagten Stadtgemeinde als Reallast anerkannt[3]). Zu demselben Ergebnis ist das Reichsgericht hinsichtlich der Verpflichtung, eine Turmuhr instand zu halten, gekommen[4]). Desgleichen ist in neuester Zeit die in den bäuerlichen Verhältnissen Bayerns häufige Verpflichtung, daß der jeweilige Besitzer eines Grundstücks zur Zuchtstierhaltung verpflichtet ist, mehrfach als Reallast angesprochen worden[5]). Die Ablehnung fortdauernder Leistungen in dem Umfange, wie es Cosack tut, würde auch zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen. Dieser kommt von seinem Standpunkt aus z. B. zu dem seltsamen Ergebnis, daß bei einer Verpflichtung, ununterbrochen elektrische Kraft zu liefern, keine Reallast bestellt werden könne, wohl aber, wenn die Verpflichtung nur 22 Stunden täglich umfaßt[6]). Auch wenn die Verpflichtung des Schuldners dahin gefaßt würde, daß dieser täglich 2 Stunden lang die Akkumulatoren des Berechtigten zu laden hätte, die dann 24 Stunden lang Strom zu geben vermöchten, so würde vom Standpunkt Cosacks hiergegen nichts zu erinnern sein. In ihrem praktischen Erfolge würden aber diese beiden Berechtigungen, obwohl sie entgegengesetzter

[1]) Biermann, § 1105, Cosack, II, S. 274.
[2]) Vgl. oben § 11.
[3]) Seuffert, 50 n. 253.
[4]) R. E. 4, S. 132.
[5]) OLG. Bay. 6^{685}, Bay. Rpf. Z. 07^{89}.
[6]) Ebenso übrigens Kohler, Arch. f. z. Pr., 87, S. 190.

rechtlicher Beurteilung unterlägen, durchaus gleichartig sein. M. E. bleibt Cosack hier zu sehr am äußerlichen haften und faßt auch den Begriff „Leistung“ in einem zu äußerlichen Sinne auf. Das Wort „Leistung“ ist mehrdeutig, daher muß in jedem Einzelfalle erst geprüft werden, welche Bedeutung jeweils zutrifft. Der größeren Klarheit wegen sei in folgendem zunächst nur an die positive Leistung gedacht.

In erster Linie bezeichnet man mit „Leistung“ die den Gegenstand einer Verpflichtung bildende Handlung, ohne Rücksicht auf den mit der Handlung zu bewirkenden Erfolg. So gefaßt, kann die Leistung naturgemäß niemals eine fortdauernde sein, da fortdauerndes menschliches Tun undenkbar ist. In einem andern Sinne bedeutet „Leistung“ aber den mit dem positiven Tätigwerden bezweckten Erfolg, z. B. das zu erbauende Haus, die zu leistenden Dienste. Diese Doppeldeutigkeit bestand schon vor dem BGB. und ist auch in dieses übergegangen[5]). In der ersten Bedeutung wird das Wort „Leistung“ mit einem Zusatz gebraucht und erscheint es in der Bedeutung der Leistung von etwas, z. B. von Geld, Zinsen, Schadensersatz, von Sachen, von Arbeit und Diensten, als Sicherheitsleistung, Gewährleistung, Leistung des Offenbarungseides, des vermachten Gegenstandes. In der zweiten Bedeutung findet der Ausdruck „Leistung“ ohne einen Zusatz Verwendung, man spricht in diesem Sinne von einer Verpflichtung zur Leistung, von positiven und negativen, teilbaren und unteilbaren usw. Leistungen. In welcher dieser beiden Bedeutungen ist nun das Wort „Leistungen“ in § 1105 gebraucht? Zweifellos in der an zweiter Stelle genannten Bedeutung. Es wäre daher falsch, bei der Frage nach der Zulassung der Belastung eines Grundstücks mit der Verpflichtung zur dauernden Abgabe elektrischen Stromes etwa darauf hinzuweisen, daß ja auch bei dieser an den Schuldner in wiederkehrenden Zeitpunkten die Pflicht herantrete, bestimmte Handlungen, z. B. Heizen der Maschinen, deren Beaufsichtigung usw. vorzunehmen. Denn nicht auf die Beschaffenheit dieser Handlungen, sondern darauf kommt es an, ob der mit diesen Handlungen erzielte Erfolg ein wiederkehrender oder dauernder ist. Bei der Entscheidung, ob ein Erfolg als dauernder oder wiederkehrender zu charakteri-

[1]) Wendt, S. 45.

sieren ist, wird aber nicht am Äußerlichen festzuhalten sein. Wie unsere obige Gegenüberstellung lehrte, würde sonst in praktisch ganz gleichen Fällen eine verschiedene rechtliche Beurteilung Platz zu greifen haben. Es ist vielmehr darauf das Augenmerk zu richten, ob der auf den ersten Blick dauernde Erfolg noch Einzelerfolge auslöst, an deren Erreichung dem Berechtigten am letzten Ende gelegen ist. In solchen Fällen sind m. E. wiederkehrende Einzelerfolge anzunehmen. So bei der dauernden Zuführung elektrischen Stromes. Auf diese kommt es dem Berechtigten garnicht an, sondern darauf, daß ihm elektrische Kraft zur Verfügung steht, mit deren Hilfe er einzelne wiederkehrende Erfolge erzielen, z. B. nach Belieben eine Maschine antreiben und still stehen lassen, seine Räumlichkeiten erleuchten oder in Dunkel hüllen kann. Ebenso z. B. bei der dauernden Zuführung von Wasserkraft zum Antriebe einer Mühle. Desgleichen liegt bei der Verpflichtung eines Hofeigners zur Zuchtstierhaltung dem Berechtigten nur daran, jeweilig einen Zuchtstier zur Verfügung zu haben; ob dies durch dauernde Haltung eines solchen oder dadurch geschieht, daß der Verpflichtete von Fall zu Fall einen Zuchtstier beschafft, ist dem Berechtigten im Grunde gleichgültig. Es ist nur ein Zufall, daß der zunächst liegende Erfolg ein dauernder ist, denn wenn die Zuführung des elektrischen Stromes, z. B. bei Verwendung von Akkumulatoren, oder der Wasserkraft, infolge Unterbrechungen während der Zeit, während deren die Mühle stille steht, eine wiederkehrende ist, wird der gleiche Erfolg erzielt werden. Anders in den Fällen, in denen die Dauerleistung keine besonders hervorzuhebenden Einzelerfolge auslöst sondern ein Zustand als solcher, der weiter keine selbständigen Zwecke, sondern seinen Zweck in sich hat, erstrebt wird. So etwa bei der Verpflichtung, durch seine eigenen Pumpwerke und Entwässerungsanlagen zugleich die niedrig gelegenen Ländereien des Berechtigten dauernd zu entwässern, desgleichen bei der servitus oneris ferendi die Verpflichtung, eine tragfähige Mauer zu unterhalten, bei der Verpflichtung zur Unterhaltung einer Turmuhr die Pflicht, die Uhr instand zu halten. Hier kommt es dem Berechtigten auf die Erhaltung eines von ihm gewünschten Zustandes, nämlich die dauernde Meliorisation seines Grundstückes, die Möglichkeit eine bauliche Anlage zu halten bezw. die Existenz einer richtig

gehenden Turmuhr an. Diese Zustandserfolge bringen keine weiteren Einzelerfolge mehr hervor, auf die sich das Interesse des Berechtigten konzentrierte. Dem Berechtigten kommt es nur auf das Resultat der wiederkehrenden Handlung an, dieses ist für ihn die „Leistung", und da es ein dauerndes ist, eine dauernde Leistung.

Diese Unterscheidung zwischen Leistung als Tätigkeit und als Erfolg (als Geleistetem) läßt sich auch auf die Unterlassung übertragen. Sie wird bei der Unterlassung allerdings insofern schwieriger fallen, als durch die negative Verbindlichkeit ja ein rein subjektives Verhalten — nämlich die Passivität — bezweckt wird, welches nicht so objektiv als Erfolg in äußerlich wahrnehmbare Erscheinung tritt, wie dies bei dem Erfolg einer positiven Tätigkeit der Fall ist. Trotzdem ist diese Unterscheidung durchführbar — sie findet sich m. E. bereits bei Gerber[1]): „Das Leiden und Dulden ist bloß der nächste praktische Erfolg einer Leistung, nicht diese selbst" — und zwar sind zu unterscheiden: die innere Geistes- und Willensanspannung des Verpflichteten und andererseits ihr Ergebnis, die rein äußerliche Passivität[2]).

Unsere Auffassung des Wesens der Unterlassung als einer Geistes- und Willensanspannung bedarf der Rechtfertigung, wird doch z. B. von Pagenkemper[3]) die Bezeichnung des Verbotes zu handeln, als eines Gebotes der Unterlassung, als ein Spiel mit Worten bezeichnet. Abgesehen von der Ansicht, daß die Unterlassung von Handlungen, zu denen man berechtigt ist, als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten[4]), als ein Verzicht auf solche[5]) anzusprechen sei, eine Definition, die z. B. die absoluten Unterlassungspflichten garnicht erfaßt und von der unhaltbaren Voraussetzung eines besonderen Rechts zum Tun ausgeht, stehen in dieser Frage die Anschauung, daß die Unterlassungspflicht auf eine Willenstat, d. h. Willensbestimmung zur Untätigkeit gerichtet sei, und die entgegengesetzte, nach der dem Unterlassungsanspruch ein auf das Unterlassen gerichteter Willensakt des Schuldners nicht zu-

[1]) Beiträge, S. 39.
[2]) Vgl. Lehmann, S. 57.
[3]) Vgl. Pagenkemper, S. 18.
[4]) Gerber, Beiträge, S. 37.
[5]) Maxen: Über Beweislast, Einreden und Exzeptioen, S. 200—210.

grunde liege, einander gegenüber (erstere Unger, Syst. d. österr. Allg. Privatrechts II, S. 168, A. 31 a, Leonhard, Allg. Teil des BGB., S. 199, S. 3 f., Windscheid II, S. 14 n. 1 a, v. Schey bei Grünhut Z., Bd. 9, S. 370 ff., Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 247, A. 2; letztere Thon, S. 201, Fischer, S. 79, Stephan, S. 27 ff.). Demgegenüber ist zuzugeben, daß allerdings von einer Willensbestimmung in dem Falle nicht gesprochen werden kann, wenn kein Anreiz zur Zuwiderhandlung vorhanden ist. Sofern der Verpflichtete überhaupt nicht die Vorstellung der Möglichkeit einer Zuwiderhandlung hat, erfüllt er freiwillig, ohne sich seiner Pflicht bewußt zu werden; als Befehl tritt das Verbot erst an ihn heran, wenn in seiner Vorstellung der Gedanke eines Widerstrebens auftaucht[1]). Trotzdem also die negative Verbindlichkeit sich teilweise ganz objektiv durchsetzt, ist doch die Willensbestimmung des Verpflichteten, der auf die Zuwiderhandlung gerichteten Neigung zu widerstehen, als das Wesen der Unterlassungspflicht zu bestimmen.

Als nächster äußerer Erfolg tritt neben die Willensbestimmung zur Unterlassung die äußere Passivität des Verpflichteten. Nur diese als Leistung im engeren Sinne haben wir ins Auge zu fassen, wenn wir die Unterlassungen in einmalige, wiederkehrende und fortdauernde einteilen wollen. Wie bei der positiven Leistung, werden wir auch hier nach dem Enderfolg der Unterlassung und danach fragen, ob dieser ein einmaliger, dauernder oder wiederkehrender ist. Zu dieser Unterfrage sind wir bei der negativen Leistung sogar direkt gezwungen insofern, als bei rein zeitlicher Betrachtung der Passivität des Verpflichteten sich jene Unterscheidung nicht durchführen läßt. „Die Grenze zwischen einmaliger und dauernder Unterlassung läßt sich nicht dahin bestimmen, daß die einmalige Unterlassung, ähnlich wie die einmalige Handlung, ein momentaner Vorgang sei, während die Dauerunterlassung sich aus einer Summe solcher Vorgänge zusammensetze oder in eine derartige Summe auflösen lasse“[2]). Auch in dem kürzesten Zeitraum können soviel momentane Unterlassungen unterschieden werden, als entsprechende Handlungen hätten vorgenommen werden können. Wer sich z. B. verpflichtet, in

[1]) Hierüber bes. Lehmann, S. 21 ff.
[2]) Lehmann, S. 59.

einer Generalversammlung nicht zu stimmen, bestimmt seinen Willen so oft zur Unterlassung, als die Möglichkeit der Stimmabgabe an ihn herantritt, und doch wird niemand bezweifeln, daß Schuldner sich zu einer einmaligen Unterlassung verpflichtet habe. Das Interesse des Gläubigers richtet sich aber auch gar nicht auf die bloße Passivität des Verpflichteten, sondern auf die Tatsache, daß mit diesem Nichtätigwerden ein Erfolg ausbleibt, den die verbotene Handlung herbeigeführt hätte. Auf diese negative Tatsache hat man demnach den Blick zu richten. Ist der Erfolg der verbotenen Handlung ein einmaliger, dauernder oder wiederkehrender, so ist auch der Erfolg der Unterlassung ein einmaliger, dauernder oder wiederkehrender. Und zwar wird bei der Frage, ob dauernde oder wiederkehrende Erfolge anzunehmen sind, auch hier darauf zu rücksichtigen sein, ob die Unterlassung noch eine Reihe von Einzelerfolgen zeitigt, auf die das eigentliche Interesse des Gläubigers gerichtet ist, oder ob die Unterlassung einen Zustand herbeigeführt, an dessen Erhaltung an sich dem Berechtigten gelegen ist.

Die Betonung des mit der Unterlassung vermiedenen Erfolges gewährt einerseits nicht nur die einzige Möglichkeit, zwischen einmaligen und dauernden Unterlassungen eine Grenze zu ziehen, sie schützt anderseits zugleich davor, am äußerlichen haften zu bleiben und den Begriff der wiederkehrenden Leistungen den Dauerleistungen gegenüber zu enge zu fassen. So wird z. B. von Wolff[1]) als wiederkehrendes Unterlassen ein solches definiert, das infolge des entgegengesetzten Tuns unterbrochen wird. Allerdings leuchtet in diesen Fällen die Berechtigung, von wiederkehrenden Unterlassungen zu sprechen, ganz besonders ein; die einzelnen Unterlassungsperioden werden durch die von ihnen abstechenden Zeiträume des entgegengesetzten Tuns in ganz besonders helles Licht gerückt. Bei einer solchen Betrachtung müßten aber schon die unzweifelhaft als Fälle wiederkehrenden Unterlassens anzusehenden Tatbestände ausscheiden, in denen die Unterlassungen durch Perioden unterbrochen werden, während deren das der Unterlassung entgegensetzte Tun, ohne eine Verletzung der vertragsmäßigen Unterlassungspflicht zu bedeuten, vorgenommen werden darf, gleichgültig, ob es tatsächlich vorgenommen wird oder nicht. Wenn in dem[2]) angeführten Bei-

[1]) Die Reallasten nach dem BGB. Erl., Diss., 1905, S. 80.

[2]) Oben, § 13.

spiele der Schuldner sich verpflichtet, abends keinen Klavierunterricht zu erteilen, so werden, da er tagsüber tatsächlich daran verhindert ist, überhaupt keine Klavierstunden erteilt. Diese Fortdauer der Unterlassung ist aber rechtlich indifferent, nur jeweils in den Abendstunden tritt die Möglichkeit, die Unterlassungspflicht zu verletzen, ein, nur für diese Zeit besteht eine Interesse des Berechtigten an der Unterlassung. Aber auch über solche Fälle hinaus betrachten wir als wiederkehrende Unterlassungen solche, die durch keine Perioden der Zuwiderhandlungsmöglichkeit unterbrochen werden, wenn nur der durch die Unterlassung bezweckte Erfolg ein wiederkehrender ist. Wenn z. B. jemand sich verpflichtet, dauernd von keiner als der berechtigten Brauerei sein Bier zu beziehen, so sind die Unterlassungen wiederkehrende. In wiederkehrenden Zeitpunkten tritt nämlich an den Schuldner die Pflicht heran, den Bierbezug von anderen zu unterlassen, in wiederkehrenden Fällen resultiert daraus die Notwendigkeit, bei dem Berechtigten einzukaufen. Umgekehrt wird durch die Verpflichtung, eine Mauer nicht über eine gewisse Höhe hinauszuführen, ein Zustand erhalten, an dessen Bestehen als solchem dem Berechtigten gelegen ist, der weiter keine Einzelfolge erzielt, auf die das Interesse des Berechtigten gerichtet wäre.

Duldungen sind einmalige, dauernde oder wiederkehrende, je nachdem die den Duldungen entsprechenden Erfolge des Berechtigten einmalige, dauernde oder wiederkehrende sind. So besteht ein Wasserleitungsrecht aus einer dauernden, ein Wegerecht aus wiederkehrenden Duldungen.

§ 15. Die Entrichtung der Leistungen aus dem Grundstücke.

Als weiterer Einwand gegen die Zulässigkeit negativer Reallasten wurde bei Erörterung dieser Frage in der Kommission hervorgehoben[1]), daß die wiederkehrenden Leistungen des Reallastpflichtigen aus dem belasteten Grundstücke zu entrichten seien, wovon bei einem Unterlassen nicht die Rede sein könne. Diesem Einwand liegt anscheinend die Auffassung zugrunde, daß die aufgelegten Lasten in einem unmittelbaren ökonomischen Zusammenhange mit dem Fruchtertrage stehen müßten, was ja auch tatsächlich eine Eigenschaft der älteren Reallasten

[1]) Prot. III, 734.

gewesen ist. Sogar die persönlichen Arbeitsleistungen wurden damals als Ausfluß des wirtschaftlichen Ertrages des Grundstücks angesehen, erst mit dem Schwinden dieser Auffassung bildete sich der anstößige Charakter der Fronden heraus, der sich allmählich bis zur Unerträglichkeit steigerte. Dem angeführten Einwande wurde jedoch schon damals entgegengehalten, daß der Ausdruck nur bildlich zu nehmen sei und wörtlich genommen z. B. auch nicht auf eine Geldleistung passe.

Was bedeutet nun „aus einem Grundstück" zu entrichtende Leistungen in der Redeweise des Gesetzes? Wir finden den Ausdruck noch in §§ 1113, 1191, 1199 BGB. Er bedeutet, daß das Grundstück für die betreffende Leistung haftet. Bei einer Unterlassungspflicht kann aber für das Grundstück naturgemäß nur die Haftung für Schadensersatz wegen Zuwiderhandlung in Betracht kommen. Der Anspruch auf Schadensersatz ist aber nicht etwa mit dem Unterlassungsanspruch identisch, er ist vielmehr an die Stelle des untergegangenen Unterlassungsanspruchs getreten und scharf von diesem zu unterscheiden. Stälin[1]) weist nun darauf hin, daß nach § 1107, 1118 das Grundstück außer für die Hauptleistung nur für die gesetzlichen Zinsen und für die Kosten der event. Klage und Zwangsvollstreckung, nicht aber für Schadensersatz haftet. Hieraus folgert er, daß eine negative Reallast im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück überhaupt nicht vollstreckbar und aus diesem Grunde ein negativer Inhalt bei der Reallast auch nicht denkbar sei. Dieser Schluß ist nicht richtig. Obgleich an eine naturale Realisierung der negativen Reallast nur zu denken ist, wenn neben der dinglichen Haftung des Grundstücks eine persönliche des Eigentümers steht, so gilt ein gleiches doch auch für sämtliche positiven Reallasten, die nicht Geldleistungen zum Inhalt haben. Bei diesen wird für die Zwangsvollstreckung ihr Übergang in Geldansprüche vorausgesetzt, haftet das Grundstück also für eine Ersatzschuld. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß nach einer verbreiteten Ansicht die Geltendmachung überhaupt jeder Haftung[2]) oder doch der Sachhaftung[3]) die Beschaffung eines Äquivalentes für

[1]) Über die dinglichen Ansprüche des BGB., Tüb. Diss., 1902, S. 130.
[2]) So insbes. Punschart, S. 114, Bekker, Aktionen, S. 6.
[3]) Isay in Jh. Jb. 48, S. 198.

die ausgebliebene Leistung bezweckt, daß also die Haftung (bezw. nur die Sachhaftung) das Erfüllen ersetzen, nicht durchsetzen soll.

Nach unseren Ausführungen in § 13 kann natürlich auch dem in § 1105 gebrauchten Ausdruck „entrichten" kein Gewicht für die Entscheidung unserer Frage beigemessen werden. Wie dort ausgeführt wurde, treten beispielsweise Unmöglichkeit und Verzug bei der Unterlassung durch Zuwiderhandlung in Erscheinung. Durch Bezeichnung der Zuwiderhandlung als Verzug entfernt man sich noch mehr von dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens, als dies schon mit der Bezeichnung der Unterlassung als „Leistung" der Fall ist. Das BGB. hat auch diejenigen Begriffe, welche auf beide Arten von Leistungen Anwendung finden, in Worte gekleidet, welche, wie bei der vorwiegenden Bedeutung der positiven Leistungen nicht anders möglich ist, nur auf letztere zugeschnitten sind. Man male sich nur aus, wie farblos die Ausdrucksweise des Gesetzes sein müßte, um ohne Sprachwidrigkeit positive und negative Leistungen in denselben Vorschriften zu normieren. Muß man doch beispielsweise, um in dieser Hinsicht korrekt zu verfahren, den Leistungsbegriff des BGB. definieren als „das Verhalten", das der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist[1]). Daher ist es wohl bei keiner dieser Vorschriften möglich, statt Leistung ohne weiteres Unterlassung zu setzen und doch mit dem Sprachgefühl in Einklang zu bleiben. „Daß der Leser des BGB. zunächst nur an die häufigeren positiven Leistungen denkt, beweist aber nicht, daß die betreffende Vorschrift nicht auch auf die selteneren negativen zu beziehen wäre. Und daß bei diesen ebenso wie ihr Inhalt und ihre Erfüllung auch ihr Unmöglichwerden usw. ein anderes, vielleicht auf den ersten Blick fremdes Gesicht zeigen muß, liegt in der Natur der Sache und rechtfertigt nicht den Vorwurf der Verkünstelung"[2]). Ein gutes Beispiel dafür, wie der Kreis der anwendbaren Vorschriften sich viel mehr erweitert, als es auf den ersten Blick den Anschein hatte, bietet die Lehre von der Unmöglichkeit und vom Verzuge, die noch Staub[3]) als für negative Leistungen nicht in Betracht kommend bezeichnet hat.

[1]) Lehmann, S. 53, auch Wendt, S. 46.

[2]) Siber, S. 184.

[3]) Die positiven Vertragsverletzungen, 1904, S. 9/10.

d) Die Ausführungsgesetzgebung.

§ 16.

Aus der Begriffsbestimmung der Reallast, wie sie das BGB. trifft, ist demnach die Unzulässigkeit negativer Reallasten nicht abzuleiten. Das EGBGB. hat nicht nur die gesamte Agrargesetzgebung[1]) aufrecht gehalten (Art. 113), sondern hat den einzelnen Gliedstaaten auch ausdrücklich die nähere Bestimmung des Inhalts von Reallasten vorbehalten (Art. 115). Preußen hat allerdings von diesem Vorbehalt nur insoweit Gebrauch gemacht, als es durch Art. 30 AG. in dem linksrheinischen Teile der Rheinprovinz, im Kreise Lauenburg und auf der Insel Helgoland von „beständigen Abgaben und Leistungen" nur die Belastung mit festen Geldrenten für zulässig erklärte. Gleiches bestimmt Waldeck in Art. 12. Da der Art. 30 Pr. AG. dem § 91 Abl. G. sachlich genau nachgebildet ist[2]), so werden auch von ihm negative Reallasten nicht getroffen. Bayern läßt (Art. 85 AG.) als Inhalt einer Reallast außer Leistungen, die zu einer Leibrente, insbesondere einem Leibgedinge gehören, nur wiederkehrende Leistungen von festbestimmten Geldbeträgen oder fest bestimmten Mengen von Bodenerzeugnissen zu. Infolgedessen sind negative Reallasten für Bayern nur als Inhalt eines Leibgedinges denkbar. Baden (Art. 26 AG.) läßt als Reallast nur zu die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen, welche zum Lebensunterhalte einer Person dienen, die Begründung anderer Reallasten ist untersagt. Demnach gilt für Baden dasselbe wie für Bayern. In Hessen können Reallasten auf längere Zeit als auf Lebenszeit des Berechtigten oder, falls der Berechtigte der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks oder eine juristische Person ist, als auf die Dauer von 30 Jahren nicht bestellt werden (Art. 93). In Sachsen-Weimar (§§ 143—150), Sachsen-Meiningen (Art. 17, 18), Schaumburg-Lippe (§ 20), Bremen (§ 26) und Elsaß-Lothringen (§§ 75, 76) kann eine Reallast nur zugunsten einer natürlichen Person und nur auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt werden, während andere Reallasten unzulässig sind. In Sachsen Koburg-Gotha können außer Altenteilen nur Leistungen bestellt werden, die ausschließlich auf dem zu belastenden Grundstücke oder aus der

[1]) Oben § 8.

[2]) Turnau-Förster, S. 651.

Substanz desselben erfüllt werden können. Die übrigen deutschen Staaten treffen über den Inhalt der Reallasten keine Bestimmungen. Demnach ergibt sich auch aus der Ausführungsgesetzgebung, abgesehen von den angeführten Einschränkungen, kein Grund für die prinzipielle Ablehnung negativer Reallasten. Daß im Sächsischen Rechte aber negative Reallasten ausgeschlossen sind, wurde bereits hervorgehoben (oben S. 32).

e) **Die Reichsgewerbeordnung.**

§ 17.

Für einen praktisch recht wichtigen Fall einer verdinglichten Unterlassungspflicht hat das Reichsgericht[1]) den Weg zur Lösung unserer Frage gewiesen. Es ist dies der Fall, daß der Eigentümer einer Schankwirtschaft sich für sich und seine Rechtsnachfolger verpflichtet, das Bier für die belastete Wirtschaft von der berechtigten Brauerei zu beziehen.

Eine solche Berechtigung ist nur scheinbar auf Leistungen gerichtet. In Wirklichkeit soll eine solche Abmachung dem Berechtigten ein Verbietungsrecht geben, dem Verpflichteten aber die Pflicht auferlegen, den Ausschank von anderen Bieren zu unterlassen. So hat das Kammergericht[2]) ausdrücklich ausgesprochen, daß bei einer Verpflichtung, auf dem Grundstücke nur Biere aus der berechtigten Brauerei zu verschenken, eine ungenaue Fassung vorliegt: „In Wirklichkeit soll das Grundstück in der Weise belastet werden, daß darauf der Ausschank von anderen Bieren als solchen aus der bezeichneten Brauerei nicht vorgenommen werden darf."

Daß ein derartiges Verbotsrecht in der Regel nicht den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann, ist bereits eingehend erörtert worden. Dagegen ist gegen ihre Fähigkeit, als Reallast bestellt zu werden, nach den bisherigen Erörterungen nichts einzuwenden. Da die Unterlassungspflicht wiederkehrende Erfolge zeitigt, sind die Unterlassungen wiederkehrende[3]).

Das Reichsgericht weist nun bezüglich der Frage der Zulässigkeit einer solchen Abmachung — es betrachtet dieselbe ausdrücklich vom Standpunkt der Reallast aus, nicht, wie Lehmann (S. 163) anzunehmen scheint, als Dienstbarkeit —

[1]) Bd. 59, S. 109.
[2]) Jahrbuch 24[242].
[3]) Oben § 14.

auf die Verbotsnorm des § 10 Gew.-O , der die Neubegründung von Zwangsrechten untersagt, die durch Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt sind. In § 7 Z 4 GO. werden Brauzwang und gewisse andere Zwangsrechte aufgehoben, soweit sie nicht auf Vertrag beruhen. In § 8 Z 2 wird für ablösbar erklärt: „Das Recht, den Inhaber einer Schankstätte zu zwingen, daß er für seinen Wirtschaftsbedarf das Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehme." Aus diesem Grunde können solche Bezugspflichten heute nicht mehr bestellt werden. Zweifelhafter wäre m. E. die Frage, wenn der Inhaber einer Schankstätte sich verpflichtete, seinen Wirtschaftsbedarf während gewisser Perioden aus der berechtigten Brauerei zu beziehen, z. B. während des Monats März nur das Märzenbier der berechtigten Brauerei. Ein solches periodisch wirksames Recht ist unter die Zwangs- und Bannrechte ohne weiteres nicht zu bringen, da diese begrifflich ausschließlich und dauernd wirksam sind. Da § 8 Z 2 im Gegensatz zu § 7 das Merkmal der Ausschließlichkeit jedoch nicht verwendet, dürften auch solche Rechte unter das Verbot der Neubegründung fallen.

Außerdem werden aufgehoben die mit den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen verbundenen Zwangs- und Bannrechte, weiterhin das städtischen Bäckern oder Fleischern zustehende Recht, die Einwohner gewisser Bezirke zu zwingen, daß sie ihren Bedarf an Gebäck oder Fleisch ganz oder teilweise von jenen ausschließlich entnehmen, sowie alle Zwangs- und Bannrechte, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig ist, für ablösbar erklärt diejenigen Zwangs- und Bannrechte, die durch die Bestimmungen des § 7 nicht aufgehoben sind, sofern die Verpflichtung auf Grundbesitz haftet, die Mitglieder einer Korporation als solche trifft, oder Bewohnern eines Ortes oder Distrikts vermöge ihres Wohnsitzes obliegt. Die GO. geht also von dem Gesichtspunkte aus, die Begründung von Zwangs- und Bannrechten, bei denen der Verpflichtete infolge Verknüpfung der Verpflichtung mit einem Grundstücke oder aus sonst einem Grunde eine begrenzte Lebensdauer nicht hat, zu untersagen und nur solche Rechte unberührt zu lassen, die auf einem Vertrage zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beruhen und lediglich eine einzelne physische Person von begrenzter Lebensdauer belasten. Hiernach sind auch Gewerbebeschränkungen

des Inhalts, daß z. B. auf einem geschäftlich günstig gelegenen Grundstück nur Fabrikate des Berechtigten (z. B. Schuhwaren, Zigarren, Hüte, Zuckerwaren u. dergl.) feilgeboten werden dürfen in der Form von Reallasten oder überhaupt von Grundstücksbelastungen verboten.

§ 18. Ergebnis.

Die Motive sprachen bezüglich des § 1052, Entwurf I[1]), die Hoffnung aus, „es lasse sich vielleicht schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Folgerung herleiten, daß die für die Bestellung der Dienstbarkeiten festgesetzten Grenzen nicht dadurch überschritten werden können, daß der Dienstbarkeit von den Beteiligten die Gestaltung der Reallast gegeben wird." Ähnlich schließt Crome[2]), der sich Reallasten negativen Inhalts gegenüber ablehnend verhält, seine kurze Erörterung mit der Bemerkung, es dürften jedenfalls dadurch, daß die Entscheidung über den konkreten Inhalt der Reallast dem Landesrecht anheimgegeben würde, die positiven Grenzen der Dienstbarkeit, insbesondere der Grunddienstbarkeiten, nicht über den Haufen geworfen werden." Lehmann begründet seinen ablehnenden Standpunkt von dem Gesichtspunkte aus, daß das BGB. im Rahmen der Dienstbarkeiten und Reallasten der Vertragsfreiheit im Gebiete des Sachenrechts nur beschränkten Spielraum zuerkenne. Insbesondere würden Unterlassungspflichten im § 1018 nur in einem gewissen beschränkten Maße als Inhalt einer dinglichen Belastung zugelassen. Diese Abgrenzung würde jeden Zweck verlieren und geradezu illusorisch gemacht, wenn nach § 1105 das Verbot jeder beliebigen Handlung verdinglicht werden könnte. Es lasse sich nicht annehmen, daß das Gesetz den möglichen Inhalt der Dienstbarkeiten so genau und eingehend abgegrenzt haben würde, wenn es die schrankenlose Begründung dinglicher Unterlassungspflichten nach § 1105 hätte zulassen wollen. Diese Gründe reichen nicht aus, um einen negativen Inhalt der Reallast als unzulässig erscheinen zu lassen. Vor allem trifft es nicht zu, daß die Reallast nicht zur Überschreitung der aus rechtspolitischen Gründen den Dienstbarkeiten gezogenen Grenzen dienen dürfe. So weist Cosack[3])

[1]) Oben § 11.
[2]) System des BR., Bd. III, 1905, S. 619.
[3]) II, S. 275.

z. B. darauf hin, daß eine Grunddienstbarkeit, derzufolge der Berechtigte sich jährlich 10 Fuhren Mergel zum Verkauf holen darf, unzulässig, dagegen eine Reallast derart, daß der Verpflichtete ebensoviel liefern muß, zulässig ist. Durch Umwandlung einer Dienstbarkeit in eine Reallast kann man demnach in vielen Fällen einen Erfolg erreichen, der bei Bestellung des Rechts als Dienstbarkeit unzulässig wäre. Demnach ist die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte nicht deshalb unzulässig, weil das BGB. in einem andern Falle die Belastung eines Grundstücks durch ein Recht mit wirtschaftlich ähnlichem Inhalt untersagt hat. Die für eine Rechtsform geltenden Vorschriften dürfen nicht im Wege der Analogie ohne weiteres auf eine andere übertragen werden, mögen immerhin die für erstere geltenden Beschränkungen dadurch illusorisch werden.

Bei grundsätzlicher Ablehnung der Unterlassung müßte übrigens infolge der Wesensgleichheit der Duldung auch dieser gegenüber derselbe Standpunkt eingenommen werden. Dies dürfte erhebliche Schwierigkeiten im Gefolge haben. Wie bereits bemerkt[1]), kennt unser Recht in dem Leibgedinge eine heute noch hochbedeutsame Rechtsform, welche die Elemente der Dienstbarkeit und Reallast in ununterschiedener Gruppierung vereinigt. Dem hat § 50 GBO. Rechnung getragen, indem bei Eintragung des Leibgedinges die Bezugnahme auf die Eintragungs-Bewilligung zugelassen wird. Theoretisch werden sich diese Bestandteile allerdings stets sondern lassen, wenn man als Reallasten die im Leibgedinge enthaltenen positiven Leistungen, als Dienstbarkeiten die Duldungen des Verpflichteten anspricht. Auch haben naturgemäß infolge dieser Eigenarten der im Altenteil enthaltenen Einzelrechte diese verschiedener rechtlicher Beurteilung zu unterliegen, indem für die Nutzungsrechte die Vorschriften des BGB. über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten vorbildlich sind, für Belastungen anderer Art die Vorschriften über Reallasten, für die periodisch wiederkehrenden Geldleistungen endlich BGB. § 759 über Leibrenten. Aber nichtsdestoweniger ist das Rechtsverhältnis im ganzen ein einheitliches und zwar eine Reallast. Eine Sonderung und Verselbständigung der im Leibgedinge ent-

[1]) Oben § 8.

haltenen Einzelbefugnisse kann den Interessen und Vertragsabsichten der Parteien sogar aufs schärfste widersprechen. So weist Eccius[1]) darauf hin, daß in Gegenden, in denen das Grundbuch ein geschlossenes Landgut nicht kennt, es für den Altsitzer von hoher Bedeutung ist, sein Recht auf Gewährung einer bestimmten Wohnung oder die Nutzung eines bestimmten Feldes nicht bloß auf das zu bewohnende Häuschen oder das zu nutzende Feld, sondern größerer Sicherheit halber auch ebenso auf die anderen mitveräußerten Gebäude, Felder und Wiesen eintragen zu lassen. Aber auch unter gewöhnlichen Verhältnissen, bei Belastung eines geschlossenen Landgutes, würde die ausschließliche Behandlung der Duldungen als Dienstbarkeit zu Unverträglichkeiten führen, da alsdann § 1026 BGB. Platz zu greifen hätte, wonach bei Teilung des belasteten Grundstücks die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei werden. Dafür, auch die im Altenteil enthaltenen Duldungen als Reallast aufzufassen, spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt. Nach Art. 15, § 5 Pr. AG. hat der Verpflichtete die Auszugswohnung während der Dauer seiner Verpflichtung in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten. (Eine gleiche Bestimmung treffen auch Sachsen-Weimar §§ 35 bis 54, Sachsen-Meiningen Art. 11, Sachsen-Altenburg §§ 38 bis 47, Sachsen-Koburg-Gotha Art. 14, Anhalt Art. 28, die beiden Schwarzburg Art 16 bez. Art. 32–43, Waldeck Art. 12, Lippe § 23, Lübeck §§ 27–43). An und für sich gilt diese Bestimmung nur hinsichtlich des aus dem Auszugsvertrage sich ergebenden Schuldverhältnisses, da Art. 96 EG. nur die Regelung dieses der Landesgesetzgebung vorbehält. Nun bemißt sich aber der Inhalt des verdinglichten Altenteils auch dem Dritterwerber gegenüber nach dem Altenteilsvertrag und, soweit dieser nichts ergibt, nach dem Gesetze, wie der Inhalt des Hypothekenrechts durch die ihm zugrunde liegende Forderung bestimmt wird[2]). Daraus, daß Art. 15 die Reparaturpflicht auf diese Weise jedem Dritterwerber auferlegt[3]), geht hervor, das das Pr. G. (ingleichen die angeführten übrigen Gesetze) augenscheinlich auch das

[1]) Gr. 45, 735 ff.

[2]) Predari, Grundbuchordnung 1905, S. 445.

[3]) Vgl. Krusen-Müller, Das Preuß. Ausführungs-Gesetz zum BGB., 1900, Art. 15, § 7, A. I, 3, § 8, A. III, 1.

Wohnungsrecht als möglichen Inhalt einer Reallast betrachtet und sogar im Zweifel die Absicht, das Wohnungsrecht als Reallast zu begründen, als vorliegend annimmt[1]). Betrachtet man nämlich die Gewährung einer Wohnung stets als Dienstbarkeit, so liegt in der zweiffellos sehr berechtigten Regelung der Reparaturpflicht eine Kompetenzüberschreitung seitens jener Gesetze, da nach §§ 1093, 1041 BGB. die gewöhnliche Unterhaltung mangels anderweitiger Abreden dem Wohnungsberechtigten obliegt. Duldungen dagegen, die ihrem Wesen nach Inhalt einer Dienstbarkeit nicht sein können, dürfen garnicht anders denn als Reallasten aufgefaßt werden, so z. B. das Mitbewohnungsrecht oder das Recht zur Bestellung des dem Auszügler zugewiesenen Ackers Werkzeuge des Verpflichteten oder bei gewissen Gelegenheiten ein Gefährt desselben benutzen zu dürfen.

Aber auch außerhalb des Leibgedinges sind Reallasten zulässig, die Unterlassungen zum Inhalt haben, sofern diese nur wiederkehrende sind. So z. B. die Belastung eines Grundstücks mit der Verpflichtung, die Vornahme gewisser Handlungen zu dulden, z. B. die Ingebrauchnahme eines auf dem Hofe gehaltenen Zuchtstiers, oder gewisser landwirtschaftlicher Maschinen, deren Anschaffung dem Berechtigten infolge der Höhe der dabei nötigen Kapitalsanlage nicht möglich oder unrentabel ist, oder die Benutzung einer von dem belasteten Grundstück aus betriebenen Fähre, deren Vorhandensein für die Bewirtschaftung der Grundstücke des Berechtigten von Vorteil oder unerläßlich ist. Es ist ganz zweifellos, daß gegen derartige Belastungen nicht die wirtschaftlichen Bedenken sprechen, die gegen zahlreiche ältere Reallasten bestanden und zu deren Aufhebung bezw. Ablösung und Verbot geführt haben.

Ebensowenig kann aber zugegeben werden, daß Reallasten, die reine Unterlassungen zum Inhalt haben, generell ein wirtschaftlich unerfreulicher Charakter anhafte. Ein solches Werturteil kann vielmehr nur von Fall zu Fall gefaßt werden. Eine gewisse praktische Bedeutung könnten Konkurrenzverbote der Art gewinnen, daß ein geschäftlich günstig gelegenes Grundstück in der Weise belastet wird, daß auf ihm Waren nicht verkauft werden dürfen, die im Geschäftsbetriebe des Berechtigten geführt werden. Da es in der Regel keinen wesentlichen

[1]) Eccius Gr., 45, S. 739 a. E.

Unterschied macht, ob auf einem Grundstücke Bekleidungsgegenstände oder Lebensmittel oder Eisenwaren feilgeboten werden, so kann eine derartige Abmachung nach unseren Ausführungen in § 5 nicht zum Gegenstande einer Dienstbarkeit gemacht werden. Dagegen ist sie als Inhalt einer Reallast denkbar. Da der Verpflichtete wiederholt in die Lage kommt, der Verpflichtung zuwider zu handeln, so sind die Unterlassungen wiederkehrende. Ein gleiches würde für den Fall gelten, daß etwa der Eigentümer eines Restaurationsgrundstücks die Eigentümer ebensolcher Grundstücke in derselben Stadt dinglich dazu verpflichten wollte, eine gewisse Spezialität, sei es ein Getränk oder eine Delikatesse, nicht zu führen, oder wenn der Inhaber eines Vergnügungslokals in einem Ausflugsorte, der soeben ein erhebliches Kapital aufgewendet hat, um seinen Gästen das Vergnügen einer Gondelfahrt zu verschaffen, den Eigentümer des benachbarten Etablissements verpflichtet, seinerseits keine Gondeln zu verleihen. Desgleichen wenn eine Brauerei, um eine gegenseitige Preisdrückerei zu verhüten, ein Konkurrenzunternehmen verpflichtet, die Pachtung der Eisnutzung in einem benachbarten Gewässer zu unterlassen, da der Eigentümer des letzteren eine dingliche Belastung mit dem Eisnutzungsrecht ablehnt.

Man wende nicht ein, daß, abgesehen von dem Leibgedinge, die genannten Fälle von Duldungen und Unterlassungen recht selten sind. Im Vergleich zu dem unerschöpflichen Inhalt der Obligationen mit positivem Leistungsinhalt kommt die Obligation auf Unterlassung kaum in Betracht[1]) und noch enger ist der Kreis der Unterlassungspflichten, die zur Verdinglichung gelangen können. Eine weitere Einschränkung für die an und für sich erheblicherer praktischer Bedeutung fähigen Gewerbebeschränkungen führt die Reichsgewerbeordnung herbei, sodaß schließlich nur eine verhältnismäßig geringe Anzahl von Fällen übrig bleiben muß. Die Seltenheit einer Rechtsform berechtigt aber nicht dazu, deren Existenz überhaupt zu leugnen.

[1]) Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, 1889, S. 34.

Lebenslauf.

Ich bin am 6. Februar 1886 zu Culm in Westpreußen geboren als Sohn des Rektors Franz Zerbe und seiner Ehefrau Katharina, geb. Żarniewicz, bin katholisch und preußischer Staatsangehörigkeit. Ich besuchte zunächst die Vorschule des Real-Progymnasiums in Culm und demnächst von Ostern 1895 an das Kgl. Gymnasium in Thorn, das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich 6 Semester lang an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaft. Am 17. Juni 1907 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen und wurde in der Folgezeit dem Königlichen Amtsgericht in Sagan überwiesen. Vom 1. Oktober 1908 bis 30. September 1909 diente ich als Einjährig-Freiwilliger im Grenadier-Regiment König Friedrich III. (2. Schles.) Nr. 11 in Breslau. Gegenwärtig bin ich beim Königlichen Landgericht in Breslau beschäftigt.